

SEPARATE OPINION OF JUDGE DILLARD <sup>1</sup>

I am in fundamental agreement with the conclusions reached by the Court and the reasons supporting them. In this separate opinion I wish, first, merely to make certain general observations in further support of the Court's Judgment and second, to indicate that the decision confirming the jurisdiction of the ICAO Council can also call on general principles of law recognized in many jurisdictions. While in no sense necessary to the Court's Judgment <sup>2</sup> which, of course, stands on its own footing, an allusion to these principles may be of possible interest especially as the thrust of India's main contention has implications reaching beyond this particular case.

## I. JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

*1. Preliminary Nature of Proceedings at Council Level*

The contention, raised by Pakistan for the first time in the oral hearings, that no appeal lies to this Court owing to the preliminary and procedural nature of the jurisdictional issue, does not appear to me to be persuasive.

Certainly the implications flowing from it are sufficiently unattractive as to be avoided unless compelled by some reading of the relevant documents or some theory of the judicial process commanding unquestioned application. As I understand it, had the Council decided that it had *no* jurisdiction, then Pakistan's right of appeal, presumably granted in Article 84 of the Convention (which speaks of "any" disagreement), would have been forever foreclosed. On the other hand, the decision sustaining jurisdiction would compel India to be put to its proof on the merits with the right of appeal postponed until after a full exposure of the merits—the very contingency which it is the main purpose of a plea to the jurisdiction to avoid.

Although the formal scheme of the Rules for the Settlement of Differences might lend a certain aura of validity to this kind of result, I do not think it compelled.

It assumes that a *substantive* jurisdictional issue, i.e., one directed either to the person or the subject-matter in controversy, falls in the same

---

<sup>1</sup> Passages in the oral proceedings indicated by the symbol C.R. 72/ . . . may be located through the Table of Concordance printed at the end of *I.C.J. Pleadings, Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*.

<sup>2</sup> Hereafter referred to as the Judgment.

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. DILLARD <sup>1</sup>

[Traduction]

Je souscris pour l'essentiel aux conclusions de la Cour et à ses motifs. Dans mon opinion individuelle, je voudrais d'abord formuler quelques observations générales supplémentaires à l'appui de l'arrêt puis indiquer que la décision confirmant la compétence du Conseil de l'OACI peut aussi se réclamer de principes généraux de droit reconnus par de nombreux systèmes. Sans être en rien nécessaire à l'arrêt de la Cour <sup>2</sup> qui se suffit évidemment à lui-même, une allusion à ces principes peut présenter de l'intérêt, d'autant plus que la thèse principale de l'Inde a des conséquences dont la portée dépasse la présente affaire.

### I. COMPÉTENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

#### 1. Caractère préliminaire de la procédure au niveau du Conseil

La thèse avancée par le Pakistan pour la première fois en plaidoirie et suivant laquelle le caractère préliminaire et procédural de la question de compétence exclut tout appel devant la Cour ne me paraît pas convaincante.

Elle aurait assurément des conséquences assez regrettables pour qu'on doive les éviter à moins d'y être contraint par une interprétation des textes applicables ou une théorie du processus judiciaire qui s'imposeraient sans conteste. De la façon dont je comprends cette thèse, si le Conseil avait décidé qu'il n'était *pas* compétent, toute possibilité, pour le Pakistan, d'exercer le droit d'appel que semble lui reconnaître l'article 84 de la Convention (où figure l'expression « un » désaccord) aurait été à jamais écartée. En revanche, une décision favorable à la compétence eût obligé l'Inde à faire valoir ses moyens sur le fond, l'exercice du droit d'appel étant alors retardé jusqu'à l'épuisement du débat au fond, qu'une exception d'incompétence a précisément pour objet principal d'éviter.

Bien que l'économie générale du Règlement pour la solution des différends paraisse justifier dans une certaine mesure cette conception, je ne pense pas que ce soit là un argument décisif.

La thèse susvisée supposerait en effet qu'une question portant sur le *fond* même de la compétence, c'est-à-dire tenant à la personne ou à la

<sup>1</sup> Pour les renvois aux comptes rendus d'audience (C.R. 72/...), voir table de concordance jointe à *C.I.J. Mémoires, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, in fine*.

<sup>2</sup> Ci-après dénommé l'arrêt.

category as minor procedural requirements designed to regulate the expeditious and orderly process of adjudication. The former engages the fundamental rights of the parties and is usually non-waivable; the latter do not

In essence, a substantive jurisdictional issue (I say "substantive" only because the "jurisdiction" is sometimes loosely used) has a double focus. This is clearly revealed in the jurisprudence of federal states where jurisdictional issues are so frequently litigated and syphoned off for appeal before considering the merits<sup>1</sup>. Not only is the issue deemed fundamental to the rights of the individual litigant whose plea is not merely that the court or other tribunal has no power to hear the merits but also that it has no power to put the individual to the trouble, expense, potential vexation and other features which attend the need for defending on the merits. The issue is also fundamental at the level of competing power controversy between contending governmental entities (i.e., central, local or regional governments). While the latter factor may not be operative in the present case, it yet points up the importance of a jurisdictional issue directed either to power over the person or subject-matter.

On principle therefore it seems to me clear that the allegedly clean cut, but questionable, distinction between procedural and substantive issues does not for purposes of grounding an appeal embrace a plea to the jurisdiction.

The Rules for the Settlement of Differences, like other rules, are subject to varying interpretations. I see no compelling reason for so interpreting Rules 5 and 15 as to make them mutually exclusive. Furthermore the Council itself appeared to construe them together and at no time considered the issue non-appealable.

While I do not think Article 86 of the Convention was intended to create a right of appeal if none existed independent of Article 86, I yet see nothing in this Article which negatives the conclusion above.

Although the contention concerning the lack of relationship between the subject-matter of negotiations and the appeal under Article 84 raises somewhat different issues, it too seems to me insufficiently compelling to justify a denial of the appeal for reasons similar to those advanced above. It may be true that prior negotiations were not specifically directed to the jurisdictional issue itself,—an issue hardly susceptible to such negotiations<sup>2</sup>. A literal reading of Article 84 may then be invoked to show that any appeal on such an issue is premature. But such a reading presupposes that the drafters contemplated a consequence which

---

<sup>1</sup> See, for instance, *Bell v. Hood* 327 US 678, 682 (1945).

<sup>2</sup> It is almost self evident that, had the prior negotiations attempted to embrace this issue, they would have proved abortive. (See C.R. 72/8, pp. 12-13.)

matière en cause, devrait être mise sur le même plan que des exigences mineures de procédure dont l'objet est d'assurer le déroulement rapide et ordonné du procès. Le premier point intéresse les droits fondamentaux des parties, auxquels on ne peut habituellement renoncer; il en va autrement du second.

Une question concernant le fond même de la compétence (je dis le « fond » parce que le terme « compétence » est parfois employé de façon assez lâche) présente un double aspect. C'est ce qui ressort nettement de la jurisprudence des Etats fédéraux où la compétence est si souvent en litige et réglée à part, en appel, avant tout examen de fond<sup>1</sup>. Le caractère fondamental de la question n'est pas reconnu seulement en ce qui concerne les droits du plaideur, lequel ne se borne pas à soutenir que la Cour ou le tribunal ne peut connaître du fond, mais fait valoir aussi qu'on ne peut lui imposer les tracas, les frais, les éventuelles irritations et autres conséquences d'un procès où il devra se défendre au fond. Il est tenu pour tout aussi fondamental lorsque sont en cause des controverses sur la division des pouvoirs entre divers organes de l'administration (au niveau central, local ou régional). Ce dernier élément n'intervient pas dans la présente espèce, mais il montre bien l'importance d'une question juridictionnelle concernant la compétence *ratione personae* ou *ratione materiae*.

Il me paraît donc clair en principe que la distinction prétendument nette, mais discutable, entre les questions de procédure et les questions de fond ne s'applique pas à l'exception d'incompétence, quand il s'agit d'interjeter appel.

Le Règlement pour la solution des différends, comme d'autres règlements de procédure, se prête à des interprétations diverses. Je ne vois aucune raison déterminante de conclure que les articles 5 et 15 s'excluent mutuellement. De plus le Conseil lui-même a paru les appliquer concurremment et n'a jamais considéré qu'il n'y avait pas d'appel en matière de compétence.

Je ne pense pas que l'objet de l'article 86 de la Convention ait été de créer un droit d'appel qui n'aurait pas existé par ailleurs, mais je ne vois rien dans cet article qui contredise la conclusion ci-dessus.

Certes, la thèse sur l'absence de rapport entre ce qui peut faire l'objet de négociations et l'appel formé en vertu de l'article 84 soulève des problèmes assez différents, mais elle ne me paraît pas non plus décisive au point qu'on puisse opposer à l'appel une fin de non-recevoir pour des motifs semblables à ceux qui ont été indiqués. Il est peut-être vrai que les négociations préalables ne portaient pas expressément sur la question de compétence elle-même, question qui ne prête guère à négociations<sup>2</sup>. On peut donc arguer d'une interprétation littérale de l'article 84 pour soutenir que tout appel sur un point de ce genre est prématuré. Cette

<sup>1</sup> Voir par exemple *Bell c. Hood* 327 US 678, 682 (1945).

<sup>2</sup> Il va presque de soi que, si les négociations préalables avaient essayé de s'étendre à cette question, elles se seraient soldées par un échec (voir C.R. 72/8, p. 12-13).

seems out of line with the fundamental purposes inherent in the right to invoke an early and definitive decision on an issue of such importance.

The absence of any direct evidence on this point and the remoteness of any connection it may bear on the object and purpose of the Convention and Transit Agreement have impelled me to agree with the reasoning of the Judgment.

The conclusions stated above are rested on broad principles touching the nature and thrust of a jurisdictional issue. They are fortified, in the present instance, by considering the violence done to Article 62 (1) of the Rules of this Court if the opposite view were held; but I also agree with the Judgment that the decision should not be grounded on this Rule.

## 2. *The Application of Pakistan*

It does not seem to me necessary to dwell extensively on this issue. Article 36 (2) of the Statute is not involved.

The jurisdiction to entertain the appeal with respect to the Application rests on the express terms of Article 84 of the Convention and Article II, Section 2, of the Transit Agreement when both are read in conjunction with Articles 36 (1) and 37 of the Statute.

The latter Article provides for such jurisdiction "*Whenever a treaty or convention in force provides for reference of a matter to . . . the Permanent Court of International Justice, the matter shall, as between the parties to the present Statute, be referred to the International Court of Justice*". (Emphasis added.)

Pakistan asserted that the Applicant's recourse to this jurisdictional power "is a clear admission of the fact that the Convention and Transit Agreement were in force between the parties at the time the cause of action arose and continued to be so" (Rejoinder, para. 37).

This amounts to saying that India cannot "blow hot and cold", i.e., that she cannot rely on the continued existence of the Convention and Transit Agreement for purposes of perfecting an appeal while denying it for purposes of attacking the jurisdiction of the Council of ICAO.

This apparently inconsistent position may, by implication, be pushed still further. Thus it may be urged that the International Court of Justice's assumption of jurisdiction would constitute, in and of itself, a denial of the main thrust of India's contention.

But this argument attempts to prove too much and the contradiction is more apparent than real. This follows because the *criteria* for opposing the jurisdiction of the Council of the ICAO and those for perfecting an appeal are quite distinct. The former have to do with the basic power to entertain the application in the first place; the latter have to do with the judicial protection afforded the party against an allegedly erroneous decision. If the latter were co-extensive with the former, then the latter could be rendered completely useless.

interprétation n'en présuppose pas moins que les auteurs du texte aient voulu un résultat qui semble mal s'accorder avec les objectifs fondamentaux du droit de solliciter très tôt une décision définitive sur une question aussi importante.

L'absence de toute preuve directe sur ce point et le rapport si lointain qu'il peut avoir avec l'objet et le but de la Convention et de l'Accord de transit m'ont contraint à accepter le raisonnement de l'arrêt.

Les conclusions qui précèdent reposent sur des principes généraux touchant la nature et l'effet des questions de compétence. En l'espèce, elles sont encore renforcées par cette considération que l'on ferait violence à l'article 62, paragraphe 1, du Règlement de la Cour en soutenant le contraire; mais je m'associe aussi à l'arrêt pour estimer que l'on ne doit pas fonder la décision sur cet article.

## 2. Requête du Pakistan

Il ne me paraît pas nécessaire de traiter longuement de cette question. L'article 36, paragraphe 2, du Statut n'entre pas en ligne de compte.

La compétence pour connaître de l'appel relatif à la requête découle des termes exprès de l'article 84 de la Convention et de l'article II, section 2, de l'Accord de transit, considérés avec l'article 36, paragraphe 1, et l'article 37 du Statut.

Ce dernier article traite ainsi de la compétence: «*Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à ... la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut*» (les italiques sont de nous).

Le Pakistan a affirmé que, quand le demandeur invoque cette compétence, «il reconnaît clairement par là que la Convention et l'Accord de transit étaient en vigueur entre les Parties au moment où est né le motif de l'action et qu'ils ont continué de l'être» (duplique, par. 37).

Cela revient à dire que l'Inde ne peut pas «dire blanc et noir»: invoquer le maintien en vigueur de la Convention et de l'Accord de transit pour motiver un appel devant la Cour et nier ce maintien en vigueur pour contester la juridiction du Conseil de l'OACI.

On pourrait pousser plus loin la critique de cette position apparemment illogique et souligner par exemple que, si la Cour internationale de Justice se déclare compétente, cela constituera *ipso facto* un démenti infligé à la thèse principale de l'Inde.

C'est cependant vouloir trop prouver et l'illogisme est plus apparent que réel. En effet les *critères* par lesquels on peut s'opposer à la compétence du Conseil de l'OACI et ceux qui justifient un appel sont tout à fait distincts. Les premiers concernent le pouvoir fondamental de connaître de la requête en première instance; les seconds la protection judiciaire d'une partie contre une décision contestée. Si les deux types de critères coïncidaient, les seconds deviendraient totalement inutiles.

A simple, if extreme, hypothetical instance will serve to illustrate the point. Suppose India's contention were that she had not ratified or adopted the Convention and therefore it was *not*, as between the Parties, a "treaty or convention in force", if the decision of the ICAO Council were adverse how could she avail herself of her appellate power without invoking Article 37 of the Statute?

Nor does the matter end there. There is a familiar logical weakness in attempting to charge the *maker* of a statement with a contradiction when the terms he uses must *necessarily* invite a seeming contradiction unless regard is paid to the different *types* of statements made. The matter is complicated and need not be pursued in the body of this opinion<sup>1</sup>.

In any event it seems evident that India's position is justified and that the jurisdiction of this Court to entertain the appeal on the Application is clear.

### 3. *The Complaint of Pakistan*

If it is established that this Court has jurisdiction over the Application and if it is also established that the Council of the ICAO has jurisdiction to entertain the Application, less practical significance attaches to the issue of the appealability of the Complaint, and this is especially true in this case in light of their almost identical wording and reach.

Nevertheless, the issue was before the Court and a resolution of it may have value for the future.

The theoretical problems posed were, in my opinion, difficult and it may well be that the Council will wish to give further study to them. I propose, therefore, in the interest of exposure, to first advance an argument against the appealability of the Complaint and then a brief counter-argument in support of the position adopted in the Judgment.

#### (a) *The Argument against the Appeal*

This argument rests on a consideration of (a) the different objects

---

<sup>1</sup> Pakistan's assertion may be linked with numerous supposedly contradictory statements, analyzed by philosophers and logicians, of which the oldest is that of the Epimenides containing the famous assertion by a Cretan "that all Cretans are liars". It is obvious that such a statement appears superficially to be inherently contradictory since if it is true, it contradicts itself and likewise if it is false. (Compare similar generalized statements such as "all generalizations are false" or that of the skeptic who proclaims "he knows nothing".) The classic and perhaps still the clearest analysis designed to show that such assertions are not necessarily contradictory is that of Whitehead and Russell in the *Principia Mathematica* (2nd ed. 1950), pp. 37-39 and 47-65, which announced, for the first time, the famous "theory of logical types". See also, Eaton, *General Logic* (1931), pp. 452-462 and Copi, *Symbolic Logic* (1959), pp. 162-164.

There is no *logical* inconsistency or contradiction in India's reliance on the Convention for purposes of appeal while still contending it is not "in force" for purposes of denying the Council's jurisdiction.

On peut, pour illustrer ce propos, recourir à une hypothèse simple, encore qu'assez extrême. Supposons que l'Inde soutienne qu'elle n'a ni ratifié ni adopté la Convention et que celle-ci n'est donc *pas*, entre les Parties, « un traité ou une convention en vigueur »; si le Conseil de l'OACI décidait le contraire, comment l'Inde pourrait-elle faire appel sans invoquer l'article 37 du Statut?

Ce n'est d'ailleurs pas tout. On sait qu'il est illogique d'accuser l'auteur d'une déclaration de se contredire quand les termes qu'il emploie le conduisent *forcément* à une contradiction apparente si l'on ne tient pas compte de la *nature* des arguments. C'est là une question complexe et qu'il n'y a pas intérêt à pousser plus avant dans la présente opinion<sup>1</sup>.

De toute façon, il paraît évident que la position de l'Inde est justifiée et que la compétence de la Cour pour connaître de l'appel relatif à la requête est clairement établie.

### 3. Plainte du Pakistan

S'il est établi que la Cour est compétente à l'égard de l'appel concernant la requête et que le Conseil de l'OACI est compétent pour connaître de celle-ci, la question de savoir s'il peut être fait appel de la plainte est d'une moindre portée pratique; cela est d'autant plus vrai qu'en l'espèce requête et plainte sont presque identiques par leur libellé et leur portée.

La Cour est cependant saisie de la question et il peut être utile pour l'avenir qu'elle la résolve.

Les problèmes théoriques soulevés étaient à mon avis difficiles et il se peut que le Conseil souhaite leur consacrer un plus ample examen. Pour les besoins de l'exposé, je présenterai d'abord les arguments contre la possibilité d'un appel relatif à la plainte puis, brièvement, les arguments contraires pour étayer la position adoptée dans l'arrêt.

#### a) Arguments contre l'appel

Ces arguments reposent sur les considérations suivantes: a) l'objet

<sup>1</sup> L'affirmation du Pakistan peut être rapprochée de nombreuses propositions soi-disant contradictoires, dont les philosophes et les logiciens ont fait l'analyse, et dont la plus ancienne est celle d'Epiménide, contenant la fameuse déclaration d'un Crétois « que tous les Crétois sont menteurs ». A l'évidence, une telle proposition semble à première vue essentiellement contradictoire, puisque, si elle est vraie, elle se dément elle-même et qu'il en va de même si elle est fautive. (Comparer les propositions générales du même genre comme « toutes les généralisations sont fausses », ou celle du sceptique qui demande: « Que sais-je? » L'analyse classique et peut-être encore la plus claire d'où il ressort que de telles propositions ne sont pas nécessairement contradictoires est celle que font Whitehead et Russell dans l'ouvrage intitulé *Principia Mathematica* (2<sup>e</sup> éd. 1950, p. 37-39 et 45-65) où la fameuse « théorie des types logiques » est énoncée pour la première fois. Voir aussi Eaton, *General Logic* (1931), p. 452-462 et Copi, *Symbolic Logic* (1959), p. 162-164.)

L'Inde pouvait, sans incohérence ou contradiction *logique*, se fonder sur la Convention aux fins de l'appel tout en persistant à soutenir que celle-ci n'était pas « en vigueur » pour nier la compétence du Conseil.



of a complaint in contrast to an application and (b) the structure of the Rules dealing with each <sup>1</sup>.

The Rules, of course, make a sharp distinction between applications filed under Article 84 of the Convention and Article II, Section 2, of the Transit Agreement on the one hand, and complaints under Article II, Section 1, on the other hand. This is true despite the fact that certain rules are common to both (e.g., Arts. 3 (1) (a) and (c), 4 and 5 of Chap. III of Part I and the General Provisions of Part III).

The significant differences are:

- (1) The Council is *obligated* to decide on any disagreements under an application; no such obligation obtains with respect to a complaint;
- (2) the decisions of the Council with respect to an application are *binding*; no such binding quality attaches to the "findings and recommendations" under a complaint (Arts. 24 and 25 of the Rules) which envisage a consultative process;
- (3) "complaints" do not deal with the interpretation or application of the treaties but with *actions* by a State, which may be legally privileged, yet are alleged "to cause injustice or hardships" to the complaining State;
- (4) the decisions of the Council with respect to an application are subject to appeal pursuant to Article 84 of the Convention (Art. 18 of Rules). No similar right of appeal "appears" to apply to complaints under Section 1. (To be noted later is the *possibility* of an appeal by transferring the complaint into a type of "disagreement".)

Cast against this background, how may India justify an appeal from a decision of the Council, if its decisions under Section 1 are not subject to appeal?

From what has been said above, it seems evident that the *ultimate findings* and *recommendations* of the Council under the Complaint would *not* be subject to appeal and especially so since these findings and recommendations are not necessarily based on a legal issue resulting from an adjudication.

It would seem to follow logically that if there is no appeal from the *ultimate findings* and *recommendations* this very lack of appellate power would extend to any "preliminary" issue antecedent to those findings. (To be questioned later.)

India attempted to convert a presumably non-appealable decision under Article II, Section 1, of the Transit Agreement into an appealable one under Section 2 (Reply, paras. 39-41) by asserting there was a "dis-

---

<sup>1</sup> "Application" and "complaint" are capitalized only when reference is made to them with respect to the particular application and complaint in this case.

différent de la plainte et de la requête; *b*) la structure des dispositions du règlement traitant de chacune d'elles.

Bien entendu, le règlement fait une distinction nette entre les requêtes présentées au titre de l'article 84 de la Convention et de l'article II, section 2, de l'Accord de transit d'une part, et les plaintes présentées en vertu de l'article II, section 1, d'autre part. Cela reste vrai, bien que certaines règles leur soient communes (par exemple les articles 3, par. 1, *a*) et *c*), 4 et 5 du chapitre III du titre I et les dispositions générales du titre III).

Les différences à noter sont les suivantes :

- 1) le Conseil est *tenu* de statuer sur les désaccords qui lui sont soumis par requête; il n'existe aucune obligation semblable dans le cas d'une plainte;
- 2) les décisions rendues par le Conseil à l'égard d'une requête sont *obligatoires*; il n'en va pas de même des « conclusions et recommandations » formulées à la suite d'une plainte (art. 24 et 25 du règlement, qui envisagent une procédure de consultation);
- 3) les « plaintes » ne concernent pas l'interprétation ou l'application des traités mais les *mesures* prises par un Etat, qui peuvent être juridiquement inattaquables, mais n'en sont pas moins tenues pour injustes ou préjudiciables à l'égard de l'Etat plaignant;
- 4) les décisions du Conseil prises à l'égard d'une requête peuvent faire l'objet d'un appel conformément à l'article 84 de la Convention (art. 18 du règlement).

Il semble qu'il n'y ait pas de droit d'appel analogue pour les plaintes présentées en vertu de la section I. (Comme on le verra par la suite, il est *possible* d'ouvrir la voie à un appel en faisant de la plainte un cas de « désaccord ».)

Dans ce contexte, comment l'Inde peut-elle justifier un appel d'une décision du Conseil, si les décisions prises par celui-ci en vertu de la section I ne sont pas susceptibles d'appel?

Il paraît évident, d'après ce qui a été dit plus haut, que les *conclusions et recommandations finales* du Conseil relativement à la plainte ne sont *pas* susceptibles d'appel, d'autant plus que ces conclusions et recommandations ne se fondent pas forcément sur des considérations juridiques énoncées dans un jugement.

Il semble logique de conclure que, si les *conclusions et recommandations finales* sont sans appel, cette absence de pouvoir de réformation s'étend à toute question « préliminaire » précédant ces conclusions (on y reviendra par la suite).

L'Inde s'est efforcée de transformer une décision probablement non susceptible d'appel, rendue en vertu de l'article II, section I, de l'Accord de transit en une décision susceptible d'appel rendue en vertu de la sec-

agreement” over whether there was or was not “action” under the Transit Agreement within the meaning of Section 1. This “disagreement” in turn, so she asserted, attracted the applicability of Section 2 which permits an appeal under Article 84 of the Convention. Support for this ingenious approach was found in the Working Paper of the Secretary General of the ICAO in Document C-WP/5433. (Reply, Annex C.)

The difficulty with this argument is two-fold.

First, the grounds India asserted to be controlling at the Council level were all grounded on the assumption that Section 1 alone was involved. India’s attack on the jurisdiction of the Council raised no issue of a disagreement—a point which, while not necessarily incompatible with her major argument that there could be no “action under” a non-existent treaty, would yet have caused her difficulty.

Second, and more important, the Council’s *decision* was *definitely rested on the assumption that it was dealing with a Complaint under Section 1* (see in particular Memorial of India, Annex E, (e), Discussion, paras. 135-139). Indeed the explanation of the vote of the United States delegate in favour of India was expressly based on the ground that the action had been improperly brought under Section 1 and that it should have been brought under Section 2 (*ibid.*). However this was a minority vote. There is no doubt that the decision was taken under Section 1.

An additional argument can be advanced, keyed to the concept that the appellate jurisdiction of the Court is a limited one, and that it is incompatible with that concept for the Court to review on appeal an issue neither argued before the lower tribunal nor decided by it<sup>1</sup>.

If the analysis above is correct, the entire argument concerning the Complaint, including the voting on Section 1, may be dismissed as beyond the competence of the International Court of Justice.

(b) *The Argument Sustaining the Appeal*

There can be little doubt that, viewed in the abstract, the theoretical arguments above are not without weight. When, however, more detailed consideration is given to the particular character of the Application and

---

<sup>1</sup> As stated by one commentator:

“Whether new issues—that is questions of law or fact not argued before the ICAO Council—may be considered by the appellate tribunal is more doubtful. Unless all the parties involved consent thereto, these issues would seem to be *ultra vires* the jurisdiction of the appellate tribunal. This is not because of any formalistic notion of estoppel, but because the consent to the jurisdiction of the appellate tribunal is limited to the review of those issues that were submitted to the ICAO Council for adjudication.” (Buergethal, *Law Making in the International Civil Aviation Organization* (1969), pp. 145-146.)

tion 2 (réplique, par. 39 à 41), en affirmant qu'il y avait eu « désaccord » sur le point de savoir si une « mesure » avait été prise conformément à l'Accord de transit au sens de la section 1. Ce « désaccord » à son tour, a-t-elle affirmé, entraînait l'application de la section 2, ce qui permettait d'interjeter appel en vertu de l'article 84 de la Convention. Cette conception ingénieuse a trouvé une confirmation dans la note du secrétaire général de l'OACI figurant au document C-WP/5433 (réplique, annexe C).

Cet argument soulève deux difficultés.

Premièrement, les motifs considérés par l'Inde comme déterminants à l'échelon du Conseil portaient tous du principe que seule la section 1 était en jeu. Quand l'Inde a contesté la compétence du Conseil, elle n'a pas soulevé la question d'un désaccord, ce qui, sans être nécessairement inconciliable avec son argument principal selon lequel aucune « mesure » ne pouvait être « prise » conformément à un traité inexistant, l'aurait cependant mise en difficulté.

Deuxièmement, et c'est plus grave, en prenant sa *décision*, le Conseil est nettement *parti de l'idée qu'il statuait sur une plainte* présentée en vertu de la section 1 (voir en particulier le mémoire du Gouvernement indien, annexe E, e), Débat, par. 135-139). En fait, lorsqu'il a expliqué son vote favorable à l'Inde, le représentant des Etats-Unis a indiqué comme motif de son attitude que l'action avait été introduite à tort en vertu de la section 1 et qu'elle aurait dû l'être en vertu de la section 2 (*ibid.*). Toutefois il s'agissait là d'une position minoritaire. Il ne fait pas de doute que la décision a été prise en vertu de la section 1.

On peut avancer un argument supplémentaire, fondé sur l'idée que la juridiction d'appel de la Cour est limitée, qui est celui-ci: il est incompatible avec cette idée que la Cour puisse exercer un contrôle par voie d'appel sur une question qui n'a fait l'objet, devant la juridiction inférieure, d'aucun débat ni d'aucune décision<sup>1</sup>.

Si l'analyse qui précède est juste, toute l'argumentation concernant la plainte, y compris le vote sur la section 1, peut être écartée comme sortant du domaine de la compétence de la Cour internationale de Justice.

#### b) *Arguments en faveur de l'appel*

Il n'est guère douteux que, considérés dans l'abstrait, les arguments théoriques indiqués ci-dessus ne manquent pas de poids. Cependant, si l'on considère de plus près les caractères particuliers de la requête et de

<sup>1</sup> Comme l'a dit un commentateur:

« Il paraît plus douteux que de nouvelles questions — c'est-à-dire des questions de droit ou de fait qui n'auraient pas été débattues devant le Conseil de l'OACI — puissent être prises en considération par la juridiction d'appel. A moins que toutes les parties n'y consentent, ces questions paraissent hors de la compétence de cette juridiction. Cela n'est pas dû à une notion formaliste d'*estoppel*, mais au fait que le consentement à la compétence de la juridiction d'appel ne concerne que les points sur lesquels il a été demandé au Conseil de l'OACI de se prononcer. » (Buergethal, *Law Making in the International Civil Aviation Organization* (1969), p. 145-146.)

Complaint in this case, including their striking similarity, the arguments are weakened. The Judgment has, in my view, adequately provided the justification for assimilating, for purposes of appeal, the Complaint to the Application and it would be an exercise in needless repetition to rehearse the reasons, with which I agree, sustaining its position.

I am moved, however, to make the following additional observations.

The argument that because the ultimate findings and recommendations of the Council, in considering a complaint are non-appealable, therefore a preliminary jurisdictional challenge is likewise non-appealable is, in my view, subject to doubt. They fall into different categories.

It may be true that the former may turn on considerations of equity and expediency which do not readily furnish suitable material for appeal to a court of law (a proposition which may need some qualification), but surely a jurisdictional issue, which turns on basic questions of institutional power, furnishes the very paradigm of a legal issue.

Nor does it logically follow that because the former are not "legally" binding, the latter is non-appealable. The institution of a complaint sets in motion a whole series of chain reactions. It is a two-stage process in which the respondent State is put to his proof with potential sanctions of a severe character. The very purpose of a challenge to jurisdiction is to arrest this process, with its potentially vexatious requirements and implications, *in limine*. Its purpose is to deny that the Council can subject the challenging party to any enquiry whatever concerning alleged "injustice or hardship" especially when an adverse finding or recommendation may well generate the sanction of suspension from rights and privileges under the Agreement, provided (at the second stage of the process) that the Council considers that the allegedly offending State has "unreasonably" failed to take suitable corrective action.

It is hardly necessary to add that the legally oriented observations above carry no implication whatever that the Council would assume an unwarranted jurisdictional power or that to allow an appeal on this issue would in any way impede the non-appealable character of its ultimate findings and recommendations. Assuming it has power, its highly desirable flexible procedures are in no way impaired. At the policy level it may also be suggested that considerations of the kind noted above are more likely to stimulate than retard the number of States willing to adhere to the Transit Agreement.

#### 4. *The Voting Issue*

The issue of possible irregularity in the manner and method of voting becomes irrelevant if, as indicated earlier, the Complaint is not appeal-

la plainte dont il s'agit en l'espèce et notamment leur ressemblance frappante, ces arguments perdent de leur force. L'arrêt, me semble-t-il, donne des raisons satisfaisantes pour assimiler, aux fins de l'appel, la plainte à la requête et ce serait pratiquer l'art des redites inutiles que de répéter les motifs sur lesquels il se fonde, et que j'approuve entièrement.

Cependant, je crois devoir ajouter les observations suivantes.

L'argument selon lequel, parce que les conclusions et recommandations finales du Conseil sur une plainte ne sont pas susceptibles d'appel, une contestation préliminaire relative à la compétence pour connaître d'une plainte ne le serait pas non plus me semble d'une valeur douteuse. Il s'agit là de catégories différentes.

Il est peut-être vrai que les conclusions et recommandations de la première catégorie dépendent parfois de considérations d'équité et d'opportunité qui peuvent difficilement motiver un appel judiciaire (observation qui appellerait peut-être quelques précisions), mais à coup sûr une question de compétence, axée sur des considérations relatives à l'essence du pouvoir institutionnel, est le modèle même de la question juridique.

Il n'est pas non plus très logique de dire que si les conclusions et recommandations de la première catégorie ne sont pas « juridiquement » obligatoires, les secondes ne sont pas susceptibles d'appel. Le dépôt d'une plainte déclenche des réactions en chaîne. C'est un processus à deux degrés où l'Etat défendeur doit faire valoir ses moyens et risque éventuellement des sanctions graves. L'objet même d'une exception d'incompétence est d'arrêter ce processus, *in limine*, avec tout ce qu'il peut comporter d'exigences et d'implications vexatoires. L'exception a pour fin de contester *in limine* le pouvoir du Conseil de soumettre la partie intéressée à toute enquête concernant une injustice ou un préjudice, en particulier quand une conclusion ou une recommandation défavorable pourrait entraîner la suspension des droits et privilèges prévus par l'Accord si, au second stade de la procédure, le Conseil considérait que l'Etat incriminé a, sans raison valable, omis de prendre des mesures correctives appropriées.

Il n'est guère nécessaire d'ajouter que les observations d'ordre juridique qui précèdent n'impliquent nullement que le Conseil s'arrogerait une compétence juridictionnelle injustifiée, ou que si l'on déclarait l'appel recevable sur cette question, cela changerait quoi que ce soit à l'impossibilité de faire appel des conclusions et recommandations finales du Conseil. Du moment que celui-ci est compétent, ses procédures si heureusement souples ne subissent aucune atteinte. Sur un plan de politique générale, on peut dire aussi que des considérations de ce genre semblent de nature à inciter un plus grand nombre d'Etats à adhérer à l'Accord de transit, plutôt que le contraire.

#### 4. Question du scrutin

La question d'une irrégularité éventuelle de la procédure de vote perd toute pertinence si, comme il est dit plus haut, la plainte est sans appel.

able. It is also irrelevant in so far as the Application is concerned since, under any view, a statutory majority favoured the appeal.

Is it relevant on the assumption that the Complaint, viewed in isolation from the Application, is appealable?

It is possible to assert that the manner in which the Council behaves is not central to the issue of whether it can behave at all, i.e., the jurisdictional issue. I take this to be the thrust of a question put to counsel (C.R. 72/7, p. 40). Thus, if the jurisdictional issue is in favour of India's contention, i.e., that, *objectively viewed*, there is no jurisdiction, then clearly the issue becomes irrelevant and likewise if the issue favours, on an objective assessment, the position of Pakistan.

The force of this argument may be somewhat dented by the counter-assertion which India was quick to make that the decision by the Council was *itself on the jurisdictional issue* (C.R. 72/8, p. 10).

Fundamentally, however, the voting problem does not go to the jurisdictional issue itself since this issue is clearly focussed on the reach of the Council's competence to deal with the *subject-matter* of the disagreement.

Considerations of a different kind also fortify the view that the Court should not treat the voting issue as critically significant.

As to the "manner" of putting the vote, there is little validity in India's claim that it was framed in the wrong way<sup>1</sup>. While the Council's being "seised" of the case is not to be confused with its jurisdictional power to handle it, nevertheless it is clear that, as with any other body endowed with adjudicating authority, it may legitimately assume (in the absence of a claim that is patently frivolous or groundless) that, in the first instance, it is possessed of jurisdiction pending a challenge to its power. In keeping with general principles of adjudication it was incumbent on India to prove the contrary.

Turning to the problem of the "statutory majority" the proposal put to vote was stated by the President of the Council to be whether "those who think that the Council of ICAO has no jurisdiction to consider Pakistan's Complaint to so indicate by saying 'yes' and those who disagree with that to say 'no' . . .".

The result of the voting was 1 yes, 13 no, 3 abstentions (*Memorial of India, Annex E, (e), Discussion, para. 136*). The President therefore ruled that the Council had jurisdiction. In light of this result, it would appear that even if there were error, it was harmless error, since, in my view, the manner of putting the voting in this particular case was permissible and only one vote was negative.

---

<sup>1</sup> See *infra* under II, 1.

Elle est également sans intérêt en ce qui concerne la requête puisque, de toute façon, une majorité statutaire était en faveur de la décision attaquée.

Deviend-elle pertinente si l'on considère que la plainte, envisagée comme distincte de la requête, pouvait donner lieu à un appel?

Il est possible de soutenir que la façon dont le Conseil agit n'est pas un élément essentiel quand on se préoccupe de savoir s'il peut agir, autrement dit quand le problème est celui de la compétence. Je pense que c'est à cela que tendait l'une des questions posées au conseil (C.R. 72/7, p. 40). Ainsi, si la décision sur la compétence est favorable à la thèse indienne, à savoir qu'*objectivement* il n'y a pas juridiction, alors le problème devient à coup sûr sans pertinence, et il en va de même si, après une évaluation objective, la décision est en faveur du Pakistan.

L'argument est peut-être battu en brèche, jusqu'à un certain point, par l'argument contraire que l'Inde n'a pas tardé à présenter, à savoir que la décision du Conseil portait elle-même sur la compétence (C.R. 72/8, p. 10).

Toutefois, le problème du scrutin ne concerne pas fondamentalement la question de la compétence puisque celle-ci vise surtout la compétence *ratione materiae* du Conseil quant à l'objet du désaccord.

Des considérations d'un caractère différent tendent aussi à renforcer l'idée que la Cour ne devrait pas considérer le problème du scrutin comme présentant une importance vitale.

Quant à la « méthode » suivie pour la consultation, la thèse indienne suivant laquelle la question a été mal posée ne repose pas sur grand-chose<sup>1</sup>. Si la « saisine » du Conseil en l'espèce ne doit pas être confondue avec sa compétence pour connaître du différend, il est cependant clair que, comme tout autre organe doté de pouvoirs judiciaires, le Conseil peut légitimement présumer (sauf si la demande est manifestement frivole ou non fondée) qu'il a compétence en première instance pour statuer tant que cette compétence n'est pas contestée. En vertu des principes généraux applicables en matière judiciaire la preuve contraire incombait à l'Inde.

Pour en venir au problème de la « majorité statutaire », le président du Conseil avait demandé « aux Etats qui estiment que le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la plainte du Pakistan, de le faire savoir en disant « oui » et à ceux qui rejettent cette thèse de dire « non »... »

Le résultat du scrutin a été 1 voix pour, 13 contre et 3 abstentions (mémoire du Gouvernement indien, annexe E, e), Débat, par. 136). Le président en a donc conclu que le Conseil était compétent. Etant donné ce résultat, il semblerait que même s'il y a eu erreur, celle-ci n'a pas tiré à conséquence, car selon moi la façon dont la question a été mise aux voix en l'occurrence était admissible et un seul membre du Conseil s'est prononcé contre la compétence.

<sup>1</sup> Voir ci-dessous, titre II, I.



That there was some confusion on the meaning of a majority was revealed in the subsequent discussion and was relied on by Pakistan to show that the whole issue of a statutory majority has by no means been resolved (Rejoinder, para. 78; Counter-Memorial, para. 59).

The point made by India was that, had the issue been put in such a manner that a statutory majority were needed to *establish* jurisdiction, then only 13 States so voted and the decision would not be sufficiently supported<sup>1</sup>.

Pakistan's point was that the majority needed was *not* that of the total membership of the Council but only the majority of those on the Council who are also parties to the Transit Agreement and thus entitled to vote or who are not otherwise disqualified as a party in interest.

Article 52 of the Convention specifies that decisions of the Council shall require "approval by a majority of its members". It does not, however, specify how the majority is to be determined. Article 66 (*b*) specifically strips a member of the Council who is not a member of the Transit Agreement from voting on any question under the provisions of the Agreement. And parties in interest are also excluded (1957 Rules, Arts. 15 and 26 (3)).

It had been assumed by the Secretary General of the ICAO that despite the provisions of Article 66 (*b*), a statutory majority of 14 was needed for *all* decisions of the Council. That this interpretation may be subject to doubt was indicated by Pakistan and may well await renewed study by the Council, especially since the requirement might, under readily conceivable circumstances, paralyse the decision-making powers of the Council. It may be noted, in passing, that the general Rules of Procedure for the Council (as opposed to the Rules for the Settlement of Differences) are not so restricted and speak of the majority of votes cast (Rules 42, 49)<sup>2</sup>.

It is, of course, not impossible to contemplate a situation of gross abuse of procedural requirements leading to a miscarriage of justice. In such a situation the validity of the decision adopted by a subordinate adjudicating body may be legitimately challenged on appeal. As previously noted, a challenge of this kind is quite distinct from one directed to the issue of jurisdiction.

It seems to me abundantly clear that no such abuse was evident in

---

<sup>1</sup> The Council is composed of 27 States but the number qualified to vote on the Complaint was limited to 18 owing to the fact that India was a party in interest and 8 other States represented on the Council were not parties to the Transit Agreement. Only 17 votes were cast because the representative of one State was absent.

<sup>2</sup> One commentator favours the view that a dispute should be decided by a simple majority of those Council members who are qualified to vote in deciding the particular case (Buergenthal, *op. cit.*, *supra*, p. 191).

Qu'il y ait eu une certaine confusion sur la signification du terme « majorité » ressort nettement de la discussion qui a suivi et le Pakistan s'en est prévalu pour démontrer que tout le problème de la majorité statutaire n'était aucunement résolu (duplicque, par. 78; contre-mémoire, par. 59).

La thèse de l'Inde était que si le problème avait été présenté de façon telle qu'il aurait fallu une majorité statutaire pour *déclarer* le Conseil compétent, treize Etats seulement se seraient prononcés en faveur de la proposition, qui n'aurait pas obtenu le nombre de voix nécessaire<sup>1</sup>.

Le Pakistan a rétorqué que la majorité indispensable n'était *pas* celle du nombre total de membres du Conseil, mais la majorité des membres du Conseil qui sont en outre parties à l'Accord de transit et possèdent ainsi le droit de voter, et qui ne sont pas écartés du scrutin comme étant parties au différend.

L'article 52 de la Convention stipule que « les décisions du Conseil sont prises à la majorité de ses membres ». Il ne spécifie cependant pas comment on calcule la majorité. L'article 66 *b*) interdit expressément à un membre du Conseil qui n'est pas partie à l'Accord de transit de voter sur les questions relatives aux dispositions de cet Accord. Les parties en cause dans un litige sont également exclues (règlement de 1957, art. 15 et 26, par. 3).

Le secrétaire général de l'OACI a cru pouvoir conclure que, malgré les dispositions de l'article 66 *b*), une majorité statutaire de 14 voix était nécessaire pour *toutes* les décisions du Conseil. Que l'on puisse douter de cette interprétation, c'est ce qu'a indiqué le Pakistan et l'on fera bien d'attendre qu'elle ait été étudiée une nouvelle fois par le Conseil, d'autant plus qu'une telle exigence pourrait, dans des circonstances qui sont parfaitement imaginables, paralyser l'exercice des pouvoirs de décision du Conseil. On notera en passant que le règlement intérieur du Conseil, par opposition au Règlement pour la solution des différends, n'est pas si restrictif et requiert seulement la majorité des suffrages exprimés (règles 42, 49)<sup>2</sup>.

Bien entendu, on peut imaginer une situation dans laquelle une violation flagrante des exigences procédurales entraînerait un mal-jugé. En pareil cas, la régularité de la décision adoptée par une juridiction inférieure pourrait être contestée en appel. Cette contestation, comme on l'a vu, se distingue nettement d'une contestation de la compétence.

Il me semble on ne peut plus clair qu'aucune violation semblable n'a

<sup>1</sup> Le Conseil comprend vingt-sept Etats mais dix-huit seulement pouvaient prendre part au vote sur la plainte, l'Inde étant partie au différend et huit autres Etats représentés au Conseil n'étant pas parties à l'Accord de transit. Dix-sept suffrages seulement ont été exprimés, en raison de l'absence du représentant d'un Etat.

<sup>2</sup> Un commentateur est favorable à l'idée qu'un différend devrait être tranché à la majorité simple des membres du Conseil habilités à voter en l'espèce dont il s'agit (Buergethal, *op. cit.*, p. 191).

the present case either with respect to the "voting" issue or other alleged procedural irregularities.

The observations above are merely supplied in further support of the conclusions of the Court in paragraphs 44 and 45.

## II. JURISDICTION OF THE ICAO COUNCIL

### 1. Preliminary

The following broad principles seem to me applicable to the present controversy:

(1) As a general rule any organ endowed with jurisdictional power has the right *in the first place* to determine the extent of its jurisdiction. This clearly applies in the absence of a clause *contraire* and it is particularly applicable to a pre-established international institution. As stated in the *Nottebohm* case (Prel. Obj.), *I.C.J. Reports 1953*, page 111 at page 119 (emphasis added):

"This principle which is accepted by general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal constituted by virtue of a special agreement between the parties for the purpose of adjudicating on a particular dispute, *but is an institution which has been pre-established by an international instrument . . .*"

Statements from numerous cases can be marshalled in support of the general principle, noted above. See, e.g., *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926, P.C.I.J., Series B, No. 16*, at page 20 (1928)<sup>1</sup>.

(2) Assuming that the principles announced in Section 3 of the Vienna Convention give expression to general principles of international law antedating the Convention, it is clear that Article 60 (1) must be read in conjunction with Article 65 (4). In keeping with the broad principle announced above, this Article provides:

---

<sup>1</sup> Were it necessary to have recourse to general canons of construction, I would wish to associate myself with the concluding statement on this point by Judge Read in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case (*I.C.J. Reports 1952*, at pp. 143, 144) in which he emphasized that within certain limits both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice have "given liberal interpretations to *jurisdictional clauses*, designed to give full effect to the intentions of the parties concerned". (Emphasis added.)

And, also, with the view expressed by Lauterpacht that the Court "has applied boldly the view that effect must be given to the ostensible purposes of the jurisdictional clause" (*The Development of International Law by the International Court of Justice*, 1958, p. 341).

été commise en l'espèce, qu'il s'agisse du vote ou d'autres prétendues irrégularités de procédure.

Les observations qui précèdent n'ont d'autre objet que d'apporter une justification supplémentaire aux conclusions exprimées par la Cour aux paragraphes 44 et 45 de l'arrêt.

## II. COMPÉTENCE DU CONSEIL DE L'OACI

### 1. Remarque préliminaire

Les grands principes suivants me semblent s'appliquer au présent litige :

1) En règle générale, tout organe investi de pouvoirs juridictionnels a le droit *avant toute chose* de déterminer l'étendue de sa compétence. Cela s'applique assurément en l'absence de clause *contraire* et en particulier s'il s'agit d'une institution internationale préétablie. Comme il a été dit dans l'arrêt *Nottebohm (exception préliminaire)*, *C.I.J. Recueil 1953*, page 119 (les italiques sont de nous) :

« Ce principe, que le droit international commun admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral constitué par l'accord spécial des parties en vue de statuer sur un différend particulier, *mais une institution préétablie par un acte international ...* »

On peut extraire d'innombrables décisions des déclarations venant à l'appui du principe général indiqué ci-dessus. Voir par exemple *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1<sup>er</sup> décembre 1926*, *C.P.J.I. série B n° 16*, page 20 (1928)<sup>1</sup>.

2) Etant admis que les principes énoncés dans la section 3 de la cinquième partie de la convention de Vienne consacrent des principes de droit international général qui existaient antérieurement à la convention, il est clair que dans cet instrument l'article 60, paragraphe 1, doit être rapproché de l'article 65, paragraphe 4, qui, conformément au principe général énoncé ci-dessus, dispose :

<sup>1</sup> S'il fallait invoquer les règles générales d'interprétation, je voudrais reprendre à mon compte, sur ce point, la conclusion de M. Read en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 143, 144), soulignant que, dans certaines limites, la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont « donné des interprétations libérales aux *clauses de juridiction*, de manière à faire sortir tous leurs effets aux intentions des parties intéressées » (les italiques sont de nous).

Je fais mienne également l'opinion de Lauterpacht pour qui la Cour « a appliqué hardiment le principe qu'il faut donner effet aux buts apparents de la clause juridictionnelle » (*The Development of International Law by the International Court of Justice*, 1958, p. 341).

“Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the right or obligation of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.”

Furthermore it should be noted that under Article 60 (2) (b), an alleged material breach of a multilateral treaty by one of the parties does *not* give a party “specially affected” the privilege of terminating the treaty but only provides grounds for “suspending” the *operation* of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State” (emphasis added). The concept of “suspension” which is clearly keyed to a temporary condition, *pre-supposes the continued existence of the treaty*.

Even if certain *operations* governing air rights were deemed suspended it would not logically follow that such suspended *operations* embraced the compromissory clause of the treaty which falls conceptually and functionally in a separate category and may thus become operative since the treaty remains in force.

## 2. Formulation of the Question

In its Application of 3 March 1971 before the Council of the ICAO Pakistan invoked the power of the Council to decide and declare, *inter alia*, that the decision of the Government of India suspending the overflights of Pakistan aircraft over the territory of India “is illegal and void and in violation of India’s international obligations under the Convention and Transit Agreement”.

It also requested that the Council decide and declare that the decision of the Government of India suspending flights of Pakistan aircraft over the Indian territory is causing injustice, hardship, loss and injury to Pakistan.

Thus it sought a directive that the Government of India should restore the “two freedoms” and adequately compensate Pakistan for the losses and injury suffered by it as a result of “the arbitrary, unilateral and illegal decision of the Government of India in breach of its international obligations”.

As previously noted, the Complaint filed the same day was similar in terms except for the omission of the paragraph seeking compensation (Memorial of India, Annex A, item 3, (f), (7), and Annex B, item 3, (f)). For purposes of this analysis the two may be treated together.

The Council has no general power to adjudicate disagreements among contracting States. Its powers are strictly derivative and thus depend on the terms of the Convention and Transit Agreement.

Article 84 of the Convention and Article II, Section 2, of the Transit Agreement (by reference to Article 84) confer the power to decide “. . . any disagreement between two or more contracting States *relating to the interpretation or application*” of the Convention and its Annexes.

« Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends. »

Il convient de noter, en outre, qu'aux termes de l'article 60, paragraphe 2, alinéa *b*), une prétendue violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties ne donne *pas* à une « partie spécialement atteinte » le privilège de mettre fin au traité, mais lui fournit seulement un motif de « suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation » (les italiques sont de nous). Le concept de « suspension », qui se rattache clairement à une condition de temps, *présuppose que le traité continue d'exister*.

Même si l'on considérait comme suspendues certaines applications concernant les droits aériens, il ne s'ensuivrait pas logiquement que ces applications suspendues engloberaient la clause compromissive du traité, qui entre, du point de vue conceptuel et fonctionnel, dans une catégorie distincte et peut être appelée à jouer, puisque le traité reste en vigueur.

## 2. Formulation de la question

Dans sa requête du 3 mars 1971 devant le Conseil de l'OACI, le Pakistan a invoqué le pouvoir du Conseil de décider et déclarer notamment que la décision du Gouvernement indien de suspendre le survol de son territoire par les aéronefs pakistanais « est illégale et nulle et constitue une violation des obligations internationales de l'Inde aux termes de la Convention et de l'Accord de transit ».

Il demandait aussi au Conseil de décider et de déclarer que la décision du Gouvernement indien de suspendre le survol de son territoire par les aéronefs pakistanais est cause d'injustice, de préjudice, de pertes et de dommages pour le Pakistan.

Il cherchait ainsi à faire ordonner que le Gouvernement indien rétablisse les « deux libertés » et indemnise de manière suffisante le Pakistan des pertes et préjudices subis du fait de « la décision arbitraire, unilatérale et illégale prise par le Gouvernement indien en infraction de ses obligations internationales ».

On a déjà vu que la plainte déposée le même jour était rédigée en des termes semblables, sauf l'omission du paragraphe demandant une indemnité (mémoire du Gouvernement indien, annexe A, point 3, *f*), 7), et annexe B, point 3, *f*)). Aux fins de la présente analyse les deux demandes peuvent être considérées ensemble.

Le Conseil n'a pas de pouvoir général de statuer sur les désaccords entre Etats contractants. Il exerce des pouvoirs strictement dérivés et qui dépendent donc des clauses de la Convention et de l'Accord de transit.

L'article 84 de la Convention et l'article II, section 2, de l'Accord de transit (qui fait référence à l'article 84) confèrent le pouvoir de statuer sur « un désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à *propos de l'interprétation ou de l'application* » de la Convention et de ses annexes.

In its Application instituting proceedings before this Court, India's submissions were:

- (1) that the Council has no jurisdiction to handle the Application and Complaint of Pakistan as the Convention and Transit Agreement "have been terminated or suspended between the two States";
- (2) that the Council has no jurisdiction over the Complaint since no action has been taken "under" the Transit Agreement . . . since that Agreement has been terminated or suspended as between the two States;
- (3) that the question of overflights is governed by a special régime of 1966 and not by the Convention or the Transit Agreement.

From the above it appeared that the principal issue before the Court could be stated as follows:

*"Did Pakistan's Application (and Complaint), considered in light of India's objections, reveal any disagreement between the two Parties relating to the interpretation or application of the Convention and its Annexes?"*

### 3. India's Principal Contention

In denying that the Council had jurisdiction India's principal contention (presented with great thoroughness, force and ingenuity) was that any disagreement relating to the termination or suspension of a treaty lies *completely de hors* the treaty. (*De hors*-the-treaty theory.) Inasmuch as it lies *de hors* the treaty it *cannot* relate to any disagreement over the interpretation or application *of* the treaty. Supplementing the *de hors*-the-treaty theory was a logically distinct yet related theory viz., the "non-existing" treaty theory. This was revealed in the repeated assertion that "to interpret or apply" presupposes the continued existence of something to interpret or apply—an assertion which reverberated throughout the Memorial, Reply and oral argument<sup>1</sup>.

India recognized, of course, that international law does not sanction the *arbitrary* termination or suspension of either a bilateral or multi-lateral treaty. The privilege is not absolute but qualified by various requirements of which the most significant is that the breach justifying the termination or suspension must be material.

But all this is quite irrelevant, so she asserted, when the issue centres on the power of the ICAO Council to handle the disagreement. Since the source of this power is the Convention it cannot embrace matters lying beyond it.

<sup>1</sup> Application, paras. 1, 27 (*a*); Memorial, paras. 55, 68, 70, 72, 85; Reply, para. 8; C.R. 72/6, p. 13.

Dans sa requête introductive d'instance, l'Inde formulait les conclusions suivantes :

- 1) le Conseil n'a pas compétence pour connaître de la requête et de la plainte du Pakistan, la Convention et l'Accord de transit « ayant pris fin ou ayant été suspendus entre les deux Etats » ;
- 2) le Conseil n'a pas compétence pour connaître de la plainte, aucune mesure n'ayant été prise « en vertu » de l'Accord de transit ... puisque celui-ci avait pris fin ou avait été suspendu entre les deux Etats ;
- 3) la question des survols est régie par un régime spécial de 1966 et non pas par la Convention, ni par l'Accord de transit.

De ce qui précède, il résulte que la question principale dont se trouve saisie la Cour internationale de Justice peut être énoncée plus précisément comme suit :

« *La requête et la plainte du Pakistan, considérées à la lumière des exceptions de l'Inde, faisaient-elles apparaître un désaccord entre les deux Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention et de ses annexes?* »

### 3. Thèse principale de l'Inde

Pour s'opposer à la compétence du Conseil, la thèse principale de l'Inde (présentée avec beaucoup de vigueur, d'ingéniosité et de méthode) était que tout désaccord survenu à propos de l'extinction ou de la suspension d'un traité se situe *complètement en dehors* du traité (théorie de l'*extériorité* par rapport au traité). Dans la mesure où le désaccord se situe *en dehors* du traité, il ne peut pas se rapporter à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité. La théorie de l'*extériorité* par rapport au traité était donc complétée par une autre théorie logiquement distincte et pourtant connexe, celle de « l'inexistence » du traité. C'est ce qui ressort de l'affirmation répétée selon laquelle l'acte « d'interpréter et d'appliquer » suppose qu'il continue d'exister quelque chose à interpréter ou appliquer, affirmation qui reparait d'un bout à l'autre du mémoire, de la réplique et de la plaidoirie <sup>1</sup>.

L'Inde reconnaissait évidemment que le droit international ne sanctionne pas la résolution ou la suspension *arbitraire* d'un traité bilatéral ou multilatéral. Le privilège n'est pas absolu, mais limité par diverses exigences, dont la plus marquante est que la violation qui justifie la résolution ou suspension doit être importante, « substantielle ».

Cependant, rien de tout cela n'est pertinent, affirmait-elle, car la question portait surtout sur la compétence du Conseil de l'OACI pour connaître du désaccord. Cette compétence a pour *source* la Convention et ne peut s'étendre à des matières qui en débordent le cadre.

<sup>1</sup> Requête, par. 1, 27 a) ; mémoire, par. 55, 68, 70, 72, 85 ; réplique, par. 8 ; C.R. 72/6, p. 13.



Her chain of reasoning appeared to be:

- (1) *All* questions of termination or suspension lie *dehors* the treaty;
- (2) the jurisdiction of the ICAO Council lies *within* the treaty; therefore
- (3) the Council of the ICAO has no jurisdiction to handle the disagreement.

Had her premise been soundly grounded, the conclusion would follow that, *in so far as the jurisdiction of the ICAO Council is concerned*, any contracting State may, vis-à-vis any other contracting State, arbitrarily suspend the treaty and do so by her mere *ipse dixit*. This conclusion India cheerfully conceded (C.R. 72/8, p. 14)<sup>1</sup>.

In my view the argument contains the hidden assumption that all questions of termination or suspension lie "dehors" the treaty *irrespective of any terms of the treaty*.

Because this assumption is questionable, India's premise was too sweeping and, in the context of the present case, it therefore begged the central question.

In fairness it should be said that she attempted to avoid question-begging and circularity by indulging another assumption. This was exposed by a question put to her by a Member of the Court. Her further assumption was that "inherent limitations" on the Council's jurisdiction inhibit it from considering questions of "substantive" international law under which the suspension was effected. Under this assumption any challenge to her right to suspend the treaties could be aired only by a court competent to handle such matters.

Putting aside the validity of the asserted distinction between substantive and non-substantive international law (to be alluded to later) India nevertheless reaffirmed her basic premise.

This was especially revealed in the following passage in response to another question put by the same Member of the Court. The question dealt with the potential application or relevance of Article 89 of the Convention. After discussing this critically significant Article, counsel stated:

". . . if apart from Article 89, the Council has no jurisdiction to deal with the question of substantive international law, how could the absence of jurisdiction be cured by invoking Article 89? *The crucial point against the Council exercising jurisdiction would still remain,*

---

<sup>1</sup> To avoid any misunderstanding it should be pointed out that India at no time contended that she could arbitrarily suspend treaties. Her contention was that such an issue could only be determined by a court competent to enter into the matter and that the ICAO Council was not competent to do so. See Judgment, paras. 32 and 34.

Voici donc l'enchaînement de l'argumentation indienne :

- 1) *toutes* les questions d'extinction ou de suspension sont *en dehors* du traité;
- 2) la compétence du Conseil de l'OACI se situe *dans le cadre* du traité; en conséquence :
- 3) le Conseil de l'OACI n'est pas compétent pour connaître du désaccord.

Si les prémisses étaient justes, on pouvait en déduire que, *s'agissant de la compétence du Conseil de l'OACI*, tout Etat contractant pouvait, vis-à-vis de tout autre Etat contractant, suspendre arbitrairement le traité et cela par sa seule décision. Cette conclusion, l'Inde non seulement l'admettait de bon cœur, mais encore elle la proclamait (C.R. 72/8, p. 14) <sup>1</sup>.

A mon avis, l'argument suppose implicitement que toutes les questions d'extinction ou de suspension se situent « en dehors » du traité *indépendamment des termes du traité*.

Parce que cette supposition est discutable, les prémisses de l'Inde étaient beaucoup trop générales et, dans le contexte de la présente affaire, elles se présentaient comme une pétition de principe par rapport à la question principale.

Pour être juste, il faut dire que l'Inde s'est efforcée d'éviter la pétition de principe et le cercle vicieux en recourant à une autre supposition. C'est ce qu'a révélé une question que lui a posée un membre de la Cour. Cette autre supposition consistait à dire que des « limites intrinsèques » de la compétence du Conseil empêchent celui-ci d'examiner les considérations de droit international « fondamental » à l'origine de la suspension. Il en résultait que si le droit de l'Inde de suspendre les traités était contesté, seul un tribunal compétent pour connaître de ces questions était habilité à en entreprendre l'examen.

Laissons de côté la validité de la distinction entre les questions de droit international fondamental et non fondamental (qui sera reprise plus loin); l'Inde réaffirmait ses prémisses.

C'est ce qui ressort, en particulier, de la déclaration suivante faite en réponse à une autre question posée par le même membre de la Cour, et qui concernait l'éventuelle application ou pertinence de l'article 89 de la Convention. Après avoir examiné cet article dont l'importance est essentielle, le conseil de l'Inde a déclaré :

« si, en dehors de l'article 89, le Conseil n'a pas compétence pour connaître de cette question de droit international fondamental, comment pourrait-on remédier à l'absence de compétence en invoquant l'article 89? *L'obstacle essentiel à l'exercice de la juridiction*

<sup>1</sup> Pour éviter tout malentendu il convient de souligner que l'Inde n'a jamais prétendu avoir le droit de suspendre arbitrairement les traités. Ce qu'elle affirmait, c'est que seul un tribunal compétent pour statuer pouvait se prononcer sur un tel problème et que le Conseil de l'OACI, quant à lui, n'était pas compétent. Voir les paragraphes 32 et 34 de l'arrêt.

*namely that the operation of the treaties has been suspended, and therefore neither Article 89 nor any other article call for application or interpretation.*" (Emphasis added.)

This recourse to the "non-existing treaty" theory is made even more explicit in the next passage where he stated:

*"The crux of the matter is that the treaties must be in operation before any question of interpretation or application can arise . . . If the operation of a treaty has been suspended or terminated, the jurisdiction of the Council cannot be invoked on the ground that there has been a breach of the treaty."* (C.R. 72/6, p. 13.) (Emphasis added.)

It can be suggested that India, by her combined theories, was in effect challenging the applicability of the entire Convention as opposed to the mere application of any particular article in it. But this point need not be pressed since ultimately the Council must, as a matter of the merits, decide whether the disagreement relates to the interpretation or application of one or more articles of the Convention. This point is mentioned *infra*, under 5.

#### 4. *Subsidiary Arguments*

India's attempt to fortify her case through a number of subsidiary arguments needs only passing reference.

(1) In discussing the inherent limitations on the Council's jurisdiction, she drew the inference that the nations of the world could not have intended to endow it with the power to determine issues of a sophisticated legal nature especially when the dispute may be highly charged with political implications and inspired by military considerations.

It is true, of course, that the Council is endowed with a mix of mediating, conciliating and adjudicating functions. In so far as the last is brought into play, its composition may seem ill-suited to its function as numerous commentators have suggested<sup>1</sup>.

Grant this and the argument is yet incomplete. This is so because it ignores the safeguard provided by the right of appeal to either an arbitral tribunal or this Court, bodies presumably capable of handling sophisticated legal issues.

It also ignores the fundamental distinction between the *power* of the international community to establish an organ with adjudicative powers and the policy considerations prompting it to do so. There is no question but that this power was exercised with the consent of all contracting States.

<sup>1</sup> See, for example, Goedhuis, "Questions of Public International Air Law", 81 *Recueil des cours*, pp. 203 ff., at pp. 222-224.

*du Conseil subsisterait, à savoir le fait que le fonctionnement des traités a été suspendu et que, par conséquent ni l'article 89 ni aucun autre article n'est plus susceptible d'application ou d'interprétation.»* (Les italiques sont de nous.)

Ce recours à la théorie du « traité inexistant » est encore plus manifeste dans le passage suivant, où le conseil déclarait :

*« Le nœud de l'affaire, c'est que les traités doivent être en vigueur avant qu'aucune question d'interprétation ou d'application puisse se poser ... si le fonctionnement du traité a été suspendu ou a pris fin, on ne saurait invoquer la compétence du Conseil en faisant valoir qu'il y a eu violation du traité »* (C.R. 72/6, p. 13). (Les italiques sont de nous.)

On peut dire que l'Inde, par l'effet combiné de ses théories, contestait, en réalité, l'applicabilité de la Convention tout entière opposée à la simple application d'un article quelconque de celle-ci. Cependant, il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, car en fin de compte le Conseil devra décider, dans le cadre de l'examen du fond, si le désaccord se rapporte à l'interprétation ou à l'application d'un ou de plusieurs articles de la Convention. Ce point est évoqué ci-dessous, 5.

#### 4. Arguments subsidiaires

La tentative de l'Inde pour renforcer sa cause à l'aide de divers arguments subsidiaires n'appelle que de brèves remarques.

1) A propos des limites intrinsèques de la compétence du Conseil, elle a conclu que les nations n'ont pas pu avoir l'intention de conférer à cet organe le pouvoir de statuer sur des questions juridiques complexes, surtout quand le différend peut être lourd de conséquences politiques et quand des considérations militaires interviennent.

Il est assurément vrai que le Conseil a été chargé de fonctions diverses, qui comprennent la médiation, la conciliation et le jugement. On peut penser toutefois que sa composition le rend mal adapté à cette dernière fonction, comme de nombreux commentateurs l'ont souligné<sup>1</sup>.

Admettons qu'il en soit ainsi; l'argument n'en reste pas moins incomplet parce qu'il ne tient pas compte de la garantie constituée par le droit d'appel devant un tribunal arbitral ou devant la Cour, c'est-à-dire devant des organes à première vue capables de s'occuper de questions juridiques difficiles.

Il méconnaît en outre la distinction fondamentale entre le *pouvoir* de la communauté internationale d'établir un organe investi d'une compétence juridictionnelle et les considérations de politique générale qui l'incitent à le faire. On ne saurait contester que ce pouvoir ait été exercé avec le consentement de tous les Etats contractants.

<sup>1</sup> Par exemple Goedhuis, « Questions of Public International Air Law », 81 *Recueil des cours*, p. 222-224.

Finally, it is significant to note that the powers of the Council are part of a functioning "system" or régime in which some supervisory authority over its adjudicating powers is integral to the operation of the entire system. This point, alluded to in the Judgment (para. 26) is, in my view, important.

It is important not because third-party judgment is always preferable to more flexible procedures of settlement but because it provides a method for ultimately settling legally relevant issues and can, by so doing (especially when the process is located within a functioning system), facilitate rather than impede the processes of negotiation, mediation and conciliation.

(2) It is, of course, axiomatic that questions of international law inhere in the interpretation or application of treaties. The attempt by India to segregate those legal issues which might fall within the proper province of the ICAO Council and those beyond its reach, while ingeniously argued, was not persuasive in light of the unsupported and novel distinction between substantive and non-substantive international law. The matter needs no elaboration.

(3) India's attempt narrowly to restrict the concept of "application", while also ingenious, was also unpersuasive. The distinction she drew was between the "operation" (of the treaty) and the "application" of its provisions to "an existing state of affairs". By way of illustration she invoked the kinds of applications which she claimed might legitimately arise under Articles 5, 9 and 11 of the Convention. (C.R. 72/1, pp. 18-24; 72/5, p. 53.)

Her invocation of Article 9, in particular, deserves a digressive comment. It is difficult to discern how the legal issues arising from the application of this Article, involving as they do, considerations of "reasons of military necessity and public safety", are not, under India's view, so highly charged with political and military factors as to make them beyond the reach of the Council. Yet India herself invoked the jurisdiction of the Council in its dispute with Pakistan in 1952 and relied specifically on Article 9 (as well as Articles 5 and 6)<sup>1</sup>.

The articles of the Convention are, of course, not "applied" in a vacuum. They must relate to a dispute involving, to some extent, an existing state of affairs. If that "state of affairs" is generated by a suspension of the treaty, it is difficult to see how the distinction between "application" and "operation" is helpful or why the former is automatically excluded.

Judicial pronouncements do not give to the term "application" a

---

<sup>1</sup> The controversy was ultimately settled by negotiations. For an interesting analysis, see *1953 United States and Canadian Aviation Reports*, pp. 110-133.

Enfin, il est à noter que les pouvoirs du Conseil s'inscrivent dans un « système » ou régime qui fonctionne et dont une autorité habilitée à contrôler son activité judiciaire constitue un élément nécessaire. Cet aspect, auquel l'arrêt fait allusion (par. 26), est à mon avis important. Il est important, non pas parce que le jugement d'un tiers est toujours préférable à des procédures de règlement plus souples, mais parce qu'il offre une méthode qui permet en définitive de régler des questions juridiquement pertinentes et peut ainsi (en particulier quand le processus se déroule à l'intérieur d'un système en fonctionnement) faciliter au lieu d'empêcher la négociation, la médiation ou la conciliation.

2) C'est évidemment un principe établi que diverses questions de droit international sont inséparables de l'interprétation ou de l'application des traités. La tentative ingénieuse de l'Inde pour dresser une barrière entre les questions juridiques qui seraient légitimement du ressort du Conseil de l'OACI et celles qui lui échappent aurait peut-être été plus convaincante si cette dichotomie reposait sur un fondement plus solide que la distinction nouvelle et non démontrée entre droit international fondamental et non fondamental. Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur cette question.

3) La tentative de l'Inde pour circonscrire étroitement la notion « d'application », bien qu'ingénieuse elle aussi, n'est pas plus convaincante. L'Inde a distingué entre le « fonctionnement » [*operation*] du traité et « l'application » de ses dispositions à « une situation existante ». A titre d'illustration, elle a invoqué les cas d'application qui, à l'entendre, pourraient légitimement se poser en vertu des articles 5, 9 et 11 de la Convention (C.R. 72/1, p. 18-24; 72/5, p. 53) .

En particulier, le moyen qu'elle tire de l'article 9 mérite que l'on fasse une digression. On voit mal comment les questions juridiques relatives à l'application de cet article, mettant en jeu, comme elles le font, des « raisons de nécessité militaire et de sécurité politique », pourraient ne pas être, à en croire l'Inde, suffisamment lourdes de conséquences politiques et militaires pour échapper à la compétence du Conseil. L'Inde elle-même s'est prévalu de la compétence du Conseil dans son différend de 1952 avec le Pakistan et elle a expressément invoqué l'article 9, ainsi que les articles 5 et 6<sup>1</sup>.

Certes, les articles de la Convention ne sont pas « appliqués » dans le vide. Ils doivent se rapporter à un différend qui suppose, dans une certaine mesure, une situation existante. Si cette « situation existante » résulte d'une suspension du traité, on comprend mal à quoi peut servir la distinction entre l'« application » et le « fonctionnement », ou pourquoi la première serait automatiquement exclue.

Les décisions judiciaires ne donnent pas au terme « application » un

---

<sup>1</sup> Le différend a finalement été réglé par des négociations. On en trouvera une analyse intéressante dans *1953 United States and Canadian Aviation Reports*, p. 110 à 133.

restricted meaning as statements in the *Mavrommatis case*, *P.C.I.J., Series A, No. 5*, page 48, and the *Peace Treaties case*, *I.C.J. Reports 1950*, page 74, attest. I refrain from extending this opinion with quotations.

##### 5. Specification of Relevant Articles

It seemed to me desirable to go through the laboured exercise above because the major contention of India was rested rather more on logical than empirical grounds. If its basic assumption had been correct then (as in the domestic arena when a contract is deemed void) the compromissory clause (Art. 84) could have no effect. It seems clear, however, that her assumption was not sufficiently supported.

It remains to determine, therefore, whether the disagreement between India and Pakistan relates to the "interpretation or application" of *any* article of the Convention and Transit Agreement.

On this positive point it will be observed that the Judgment carefully avoids trespassing on matters which are the proper province of the Council to determine. Whether India was or was not justified in suspending the treaties obviously goes to the merits and is irrelevant to the jurisdictional issue. It suffices therefore to point to a number of articles of the Convention and Transit Agreement the interpretation and application of which appears to be involved in the disagreement between the Parties. I have little to add to the analysis in the Judgment which has called attention to the disputes over the interpretation and application of Articles 5, 82, 83, 89 and 95. The specification of these Articles does not necessarily imply that others might not also be relevant, i.e., Articles 25 and 37. Furthermore, if regard is had to the Preamble of the Chicago Convention and Article 44, it is arguable that their interpretation and application are also implicated especially in light of Article 31 (1) and (2) of the Vienna Convention. But all this falls within the province of the ICAO Council to decide<sup>1</sup>.

Since in my view Article 89 was particularly relevant, and since I have

<sup>1</sup> The "jurisprudential" point might be mentioned, even at the risk of appearing over-academic, that multilateral treaties establishing functioning institutions frequently contain articles that represent ideals and aspirations which, being hortatory, are not considered to be legally binding except by those who seek to apply them to the other fellow. On the other hand there are other articles which are generally recognized as imposing definite legal obligations. The point at which the former merge into the latter constitutes one of the most delicate and difficult problems of law and especially so in the international arena where generally accepted *objective* criteria for determining the meaning of language in light of aroused expectations are more difficult to ascertain and apply than in domestic jurisdictions. Nevertheless the problem of determining, within the context of a specific controversy, which articles are and which are not, legally binding cannot be altogether avoided without indulging the twin assumptions that law is a "brooding omnipresence in the sky" (an extreme natural law tenet) or that the language of law is at once self revealing and self contained, a proposition which all modern scholars concerned with linguistic analysis and communication theory reject. Happily, considerations of this kind are not required in the present controversy since it is unnecessary to invoke the vaguer norms of the Convention and Transit Agreement in order to de-

sens restreint, comme l'attestent des passages de l'arrêt *Mavrommatis* (C.P.J.I. série A n° 5, p. 48) et de l'avis relatif aux *Traités de paix* (C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Je m'abstiens d'alourdir cette opinion avec des citations.

##### 5. Spécification des articles pertinents

J'ai cru opportun d'examiner assez laborieusement le problème parce que la prétention de l'Inde reposait sur des motifs qui relèvent plutôt de la logique que de l'empirisme. Si son point de départ avait été juste, alors (comme dans le domaine du droit interne lorsqu'un contrat est réputé nul) la clause compromissoire (art. 84) n'aurait pu avoir d'effet. Or, il semble évident que son hypothèse ne reposait sur aucune base suffisante.

Il reste donc à déterminer si le désaccord entre l'Inde et le Pakistan a trait à « l'interprétation ou l'application » d'un article quelconque de la Convention ou de l'Accord de transit.

Sur ce point précis on notera que l'arrêt évite soigneusement d'empiéter sur des domaines qui sont du ressort du Conseil. Que l'Inde ait eu raison ou tort de suspendre les Traités, c'est là de toute évidence, une question de fond qui n'intéresse en rien le problème de la compétence. Il suffit donc de signaler divers articles de la Convention et de l'Accord de transit dont le désaccord entre les Parties paraît mettre en cause l'interprétation ou l'application. Je n'ai pas grand-chose à ajouter à l'analyse contenue dans l'arrêt qui fait état de controverses affectant les articles 5, 82, 83, 89 et 95. Le fait que ces articles soient spécifiés ne veut pas forcément dire que d'autres ne puissent être pertinents, par exemple les articles 25 et 37. De plus, si l'on tient compte du préambule de la Convention de Chicago et de son article 44, on peut soutenir que leur interprétation et leur application sont aussi mises en jeu, surtout si l'on songe à l'article 31, paragraphes 1 et 2, de la convention de Vienne. Mais c'est au Conseil de l'OACI à décider de tout cela <sup>1</sup>.

A mon sens le cas de l'article 89 est particulièrement intéressant.

<sup>1</sup> En se plaçant sous l'angle de la philosophie du droit on peut dire, au risque de paraître professoral, que les traités multilatéraux établissant des institutions permanentes contiennent souvent des articles où sont exprimés des idéaux et des aspirations qui, ayant le caractère d'exhortations, ne sont considérés comme juridiquement obligatoires que par ceux qui cherchent à les appliquer à autrui. En revanche on y trouve d'autres articles dont on reconnaît généralement qu'ils imposent des obligations juridiques précises. Le point où les deux types de dispositions se confondent constitue l'un des problèmes juridiques les plus difficiles qui soient, en particulier dans le domaine international, où des critères *objectifs* généralement acceptés pour déterminer le sens des termes par rapport aux espoirs qu'ils ont fait naître sont plus difficiles à découvrir et à appliquer que dans les juridictions nationales. Il n'empêche que l'on ne saurait éluder totalement le problème qui consiste à déterminer, à propos d'un différend concret quels articles sont ou ne sont pas juridiquement obligatoires, à moins de s'en tenir à deux hypothèses jumelles: que le droit est une « omniprésence dans le ciel qui recouvre tout », conception extrême qui ressortit au droit naturel, ou encore que les termes juridiques sont à la fois autonomes et clairs en eux-mêmes, idée rejetée par tous les spécialistes modernes de l'analyse linguistique et de la théorie de la communication. Fort



alluded to it earlier, I shall attempt to characterize the nature of the disagreement over that Article.

*Article 89*

India's consistently maintained position, to repeat, was that in suspending the Convention and Transit Agreement vis-à-vis Pakistan she was acting in accordance with privileges accorded her under international law. Whether she was right or wrong in doing so is an issue going to the merits which, she asserted, can only be determined by a court of competent jurisdiction. It has nothing to do with the jurisdiction of the ICAO Council.

Article 89 of the Convention specifically provides:

“In case of war, the provisions of this Covenant shall not affect the freedom of action of any of the contracting States affected, whether as belligerents or as neutrals. The same principle shall apply in the case of any contracting State which declares a state of national emergency and notifies the fact to the Council.”

India's suspension was occasioned by the hostilities in 1965. She claimed the suspension was never lifted.

Pakistan contended that as a party to the Convention India was obligated to observe its requirements. Article 89 specifically provides for the very contingency which occasioned the suspension and is thus binding, so she contends, on India. She fortified this by alluding to India's own conduct in sending a notification to the Council of the ICAO. She asserted that India was, in fact, operating under Article 89 and that her subsequent actions were consistent with this view. From all this it followed that the Convention and Transit Agreement were not suspended even if the operation of certain rights accorded Pakistan under Article 5 and Article I, Section 1, of the Transit Agreement were temporarily suspended. Furthermore, so asserted Pakistan, India revoked the emergency.

At the legal level Pakistan insisted that Article 89 confers freedom of action regarding the rights and obligations of contracting States regarding emergencies, including notification and the lifting of the emergency. It gives States all the needed protection afforded by international law and has, in effect, supplemented international law by the consent manifested in adopting the Convention.

India's reply was, in effect, three-pronged. At the factual level she disputed both the facts and inferences drawn from them by Pakistan. At the legal level she contended that Article 89 is completely irrelevant

---

monstrate that the jurisdiction of the ICAO Council is keyed to very specific provisions involving legal obligations of one kind or another, which it may be the duty of the Council to consider.

Comme j'y ai déjà fait allusion, je vais m'efforcer de caractériser la nature du désaccord au sujet de cet article.

#### *Article 89*

La position constante de l'Inde était, on l'a vu, qu'en suspendant la Convention et l'Accord de transit à l'égard du Pakistan elle a agi conformément aux privilèges que lui accordait le droit international. Quant à savoir si elle a eu raison ou tort de le faire, c'est une question de fond, a-t-elle affirmé, que seul un tribunal compétent pouvait trancher et qui ne concerne en rien la compétence de l'OACI.

L'article 89 de la Convention a la teneur suivante :

« En cas de guerre, les dispositions de la présente Convention ne portent atteinte à la liberté d'action d'aucun des Etats contractants concernés, qu'ils soient belligérants ou neutres. Le même principe s'applique dans le cas de tout Etat contractant qui proclame l'état de crise nationale et notifie ce fait au Conseil. »

L'Inde a procédé à la suspension par suite des hostilités de 1965. Elle a affirmé que la suspension n'a jamais été levée.

Le Pakistan a soutenu qu'étant partie à la Convention l'Inde était tenue d'en respecter les dispositions. L'article 89 prévoit expressément la circonstance qui a occasionné la suspension et il a donc force obligatoire pour l'Inde, a prétendu le Pakistan. A l'appui de cette manière de voir, il a évoqué le comportement de l'Inde elle-même qui a envoyé notification au Conseil de l'OACI. Il a affirmé qu'en fait l'Inde avait agi en vertu de l'article 89 et que ses actes ultérieurs ont confirmé cette thèse. Il résultait de tout cela que la Convention et l'Accord de transit n'avaient pas été suspendus, bien que l'exercice de certains droits accordés au Pakistan en vertu de l'article 5 et de l'article I, section I, de l'Accord de transit eût été temporairement suspendu. Le Pakistan a affirmé encore que l'Inde a levé l'état de crise.

Sur le plan juridique, le Pakistan a soutenu que l'article 89 laisse aux Etats contractants, en période de crise, toute liberté d'action en ce qui concerne les droits et les obligations, ce qui vaut notamment pour la notification et la levée de l'état de crise. Il donne aux Etats toute la protection nécessaire assurée par le droit international et, en fait, il a complété le droit international en y ajoutant le consentement manifesté par l'adoption de la Convention.

La réponse de l'Inde comportait, en réalité, trois éléments. Sur le plan des faits, elle a contesté à la fois les faits eux-mêmes et les conséquences qu'en a tirées le Pakistan. Sur le plan juridique, elle a soutenu que l'article

---

heureusement, des considérations de cette nature sont superflues en l'espèce, car il n'est pas besoin d'invoquer les normes les plus vagues de la Convention et de l'Accord de transit pour démontrer que la compétence du Conseil de l'OACI se rattache à des dispositions très précises impliquant tel ou tel ordre d'obligations juridiques que le Conseil aura peut-être à examiner.

to the jurisdictional issue and leaves untouched the correctness of her basic rights under international law. This follows, she asserted, because Article 89 is merely declaratory of international law. Its purpose was merely to assure States that their rights of suspension remained unaffected by the Convention. Therefore it neither confers new rights nor disturbs those already existing. She analogized the thrust of the Article to Article 73 of the Vienna Convention which, she asserted, has a similarly innocuous, if cautionary, function.

India's third contention was that the controversy over Article 89 was irrelevant or better, perhaps, that it was rendered moot by virtue of the suspension in February 1971 at which time there was neither a war nor a national emergency.

It is true that Pakistan's Application before the ICAO Council was precipitated by the hijacking incident and the compensation sought in its prayer for relief appeared to be limited to losses consequent upon that incident. On the other hand, her letter to the President of the ICAO Council invoked Article 89, and it was relied upon in the Counter-Memorial (para. 29). Counsel, of course, vigorously argued its applicability, as witness C.R. 72/4, at pages 19-22; 72/6, at pages 10-11 and 42-50; 72/7, at pages 8-10; 72/8, at page 48 and 72/9 at page 22.

A more fundamental answer to India's third point lies however, elsewhere. Clearly if the suspension in February 1971 is found to be illegal as Pakistan contended then it can hardly render moot the controversy over the application of Article 89. Equally clearly, this is for the Council to determine as one of the issues on the merits.

From the above it becomes apparent that we have in these contrasting views a disagreement relating to the interpretation and application of the Convention and Transit Agreement sufficient to bring the disagreement within the reach of Article 84 and thus to justify the assumption of jurisdiction by the Council. Once this is determined the Court has exhausted its appellate function at this stage of the proceedings.

### III. THE MUNICIPAL LAW ANALOGY

#### *1. Relevance*

In what follows I do not mean to suggest that the Judgment need be fortified by reference to Article 38 (*c*) and (*d*) of the Statute. The case for sustaining the jurisdiction of the ICAO Council is, in my view, sufficiently compelling that further support from "general principles of law" in domestic fora or "judicial decision" of the highest authority in those jurisdictions, may appear superfluous.

89 est sans aucune pertinence pour la question de compétence et ne porte nullement atteinte à la réalité des droits fondamentaux qu'elle tient du droit international. Il en est ainsi, a-t-elle affirmé, parce que l'article 89 est purement déclaratoire du droit international. Il a pour seul but de garantir aux Etats que leurs droits de suspension ne sont pas modifiés par la Convention. Par conséquent il ne confère pas de nouveaux droits ni ne modifie ceux qui existaient déjà. L'Inde établit une analogie entre la portée de l'article et celle de l'article 73 de la convention de Vienne qui, dit-elle, joue le même rôle d'avertissement pareillement inoffensif.

Le troisième argument de l'Inde était que la controverse sur l'article 89 est sans pertinence ou mieux, peut-être, qu'elle est rendue vaine par la suspension de février 1971, époque à laquelle il n'y avait ni guerre ni état de crise nationale.

Il est vrai que la requête du Pakistan au Conseil de l'OACI a été brusquée par l'incident du détournement d'avion et que l'indemnité réclamée à titre de dommages-intérêts semble avoir été limitée aux pertes résultant de cet incident. En revanche, la lettre du Pakistan au président du Conseil de l'OACI invoquait l'article 89, et le Pakistan s'en est prévalu dans le contre-mémoire (par. 29). Le conseil du Pakistan a naturellement plaidé énergiquement son applicabilité, comme le prouvent divers comptes rendus: C.R. 72/4, pages 19-22; C.R. 72/6, pages 10, 11 et 42-50; C.R. 72/7, pages 8-10; C.R. 72/8, page 48 et C.R. 72/9, page 22.

Mais c'est ailleurs que l'on trouve une réponse plus fondamentale au troisième point de l'Inde. De toute évidence, si la suspension de février 1971 est jugée illégale, comme le soutenait le Pakistan, elle ne peut guère alors rendre vaine la controverse sur l'application de l'article 89. Il est tout aussi évident qu'il appartient au Conseil de trancher ce point qui est une des questions de fond.

Il ressort de ce qui précède que ces vues antagonistes démontrent l'existence d'un désaccord à propos de l'interprétation et de l'application de la Convention et de l'Accord de transit, qui suffit à faire jouer l'article 84 et par conséquent à justifier la décision du Conseil de se déclarer compétent. Ce point une fois établi, la Cour s'est acquittée de ses fonctions de juridiction d'appel au stade actuel de la procédure.

### III. ANALOGIE AVEC LE DROIT INTERNE

#### *1. Pertinence*

Loin de moi l'intention de suggérer que l'arrêt aurait besoin d'être étayé par des motifs ressortissant à l'article 38, alinéas *c*) et *d*) du Statut. A mon avis, la compétence du Conseil de l'OACI est si évidente qu'il peut paraître superflu d'invoquer les « principes généraux de droit » reconnus par les tribunaux internes ou les « décisions judiciaires » rendues par les plus hautes instances nationales.

At the risk of appearing over academic, I append this analysis because:

- (1) It may shed additional light on the theoretical aspects of the case.
- (2) Both Pakistan and India have alluded to *Heyman v. Darwins Ltd.* (Memorial of India, paras. 83, 84; Counter-Memorial, para. 52; Reply, paras. 70, 71; Rejoinder, paras. 70-72; and C.R. 72/3, pp. 23-25).
- (3) I agree with the view of Judge Moore, expressed in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (*P.C.I.J., Series A, No. 2 (1924)*, pp. 57-59), and that of many commentators that recourse to general principles can enlighten issues before the Court and enrich its jurisprudence.
- (4) Finally, in this instance, in particular, the analogy to domestic fora is not (as is frequently the case) either irrelevant or misleading.

While this is true generally of contracts which have a provision that disputes "relating to the interpretation and application of the contract" should be first submitted to arbitration, it seems particularly true in the field of labour controversy where contending power blocs (management and unions), each jealous of its own prerogatives, are reluctant to concede more power to the arbitral tribunal than the terms of the collective bargaining agreement warrant. The analogy here is all the more suggestive since in this area, as in the international area, the purpose of the agreement is to establish a "system" designed to absorb conflict through procedural techniques in the interest of industrial peace. The purpose of establishing the ICAO was, in the large, to establish a system or régime of civil air peace. Chapter XVIII of the Convention was designed to facilitate the functioning of the entire system.

It is customary to dismiss the domestic analogy on two connected grounds:

- (1) The over-riding need in the international field for strict proof of *consent* to submit to the jurisdiction of any tribunal; and
- (2) the absence of a total system of compulsory third-party settlement in the event of a breakdown in the arbitral process.

In the context of the present controversy, neither of these grounds is persuasive. The cases in the domestic arena also stress the fact that the consent of the parties is at the root of their obligation to submit a particular dispute to arbitration.

The second ground does not apply in this instance because under India's theory of the case, it is irrelevant to the jurisdictional issue whether the parties were or were not bound to submit the controversy to this

Au risque de paraître par trop professoral, je présente toutefois l'analyse qui suit, parce que :

- 1) elle me semble contribuer à mieux éclairer les aspects théoriques de l'affaire ;
- 2) le Pakistan et l'Inde ont tous deux fait allusion à l'affaire *Heyman c. Darwins Ltd.* (mémoire, par. 83 et 84 ; contre-mémoire, par. 52 ; réplique, par. 70 et 71 ; duplique, par. 70-72, et C.R. 72/3, p. 23-25) ;
- 3) je suis d'accord avec l'opinion exprimée par le juge Moore en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (C.P.J.I. série A n° 2 (1924), p. 57-59)* ainsi que par de nombreux commentateurs qui ont estimé que le recours aux principes généraux peut éclairer des points soumis à la Cour et enrichir sa jurisprudence ;
- 4) enfin, en l'espèce, l'analogie avec la pratique des tribunaux internes n'est pas (comme c'est fréquemment le cas) dépourvue de pertinence ni fallacieuse.

L'analogie est fondée, généralement, quand il s'agit de contrats qui contiennent des dispositions stipulant que les différends à propos de leur interprétation ou application doivent d'abord faire l'objet d'un arbitrage, mais elle l'est plus encore dans le domaine des conflits du travail où des groupes opposés (patronat et syndicat), l'un et l'autre jaloux de ses prérogatives, ne sont guère enclins à reconnaître plus d'autorité au tribunal arbitral qu'il n'est prévu dans les conventions collectives. L'analogie est d'autant plus intéressante que, dans ce domaine, tout comme dans le domaine international, les accords en question visent à mettre en place un « système » permettant de résorber les conflits par le recours à certaines techniques procédurales dans l'intérêt de la paix sociale. Or l'OACI a été créée, en gros, pour faire régner l'harmonie dans le domaine de l'aviation civile grâce à un système ou à un régime approprié. Le chapitre XVIII de la Convention visait à faciliter le fonctionnement de tout ce système.

On a coutume de repousser l'analogie avec le droit interne pour deux motifs interdépendants :

- 1) la nécessité absolue, dans le domaine international, d'établir la preuve stricte du *consentement* à se soumettre à la juridiction d'un tribunal quelconque ; et
- 2) l'absence d'un système général de règlement judiciaire obligatoire en cas d'échec du processus arbitral.

Dans le cas présent, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'est convaincant. Les décisions de tribunaux internes montrent aussi que l'obligation des parties de soumettre un différend à l'arbitrage repose sur le consentement.

Le second motif ne s'applique pas non plus en l'espèce, vu que, selon la théorie de l'Inde, la question de savoir si les Parties étaient, ou n'étaient pas, tenues de porter leur désaccord devant la Cour internationale de

Court or any other. In other words, the existence *vel non* of compulsory jurisdiction outside the Council had no bearing on the meaning and scope of the compromissory clause. This is precisely the assumption which is indulged in the municipal sphere. The issue centres on exactly the same problem, i.e., the impact of a repudiation of the contract by one party on the meaning and scope of a compromissory clause framed in terms of interpretation or application of the contract.

It should be added that the question whether the repudiation was *justified* by an alleged prior breach (the usual assertion) or for any other reason, goes to the merits; hence the issue is whether the arbitral tribunal has the power to enter into the merits—a narrow, jurisdictional issue precisely as in the India/Pakistan case.

Furthermore, it is now firmly established, at least in common law jurisdictions, that the jurisdictional issue remains to be decided whether the repudiating party (as in the *Heyman* case) invokes the dispute settlement clause or, as is more usual, the aggrieved party does so.

## 2. Some Distinctions

A critical distinction exists when the contract is shown to be void *ab initio* as opposed to a showing that it is *voidable*<sup>1</sup>.

In the former instance it is clear that if the entire contract fails, all subordinate clauses collapse including the arbitration clause. This is comparable to India's reliance on a kind of "non-existing" treaty contention. But this presupposes a showing that the party opposing arbitration never consented to the contract in the first place or that this consent was vitiated by fraud in the factum or other factors destroying the entire contract. Clearly this is not the situation in the India/Pakistan case, although India's reliance on a "non-existing" treaty approach would seem to require it. India freely consented to the Convention and Transit Agreement.

When the repudiating party resists the jurisdiction of the arbitral tribunal on the ground that he has legitimately repudiated the contract because of prior material breach, then the contract is not rendered void but only voidable. This is comparable to the situation in international law. All the authorities agree that the treaty is not *ipso facto* rendered void and especially so in a multilateral convention, even if the repudiation is

---

<sup>1</sup> This distinction is so well established as hardly to need a recitation to authority. However an interesting discussion is contained in the opinion of Judge Frank in *Kulukindis Shipping Co. S.A. v. Amtorg Trading Corp.* (C.A. 2, 1942) 126 F. 2d 978.

Justice ou tout autre tribunal n'a absolument aucun intérêt pour ce qui est de la question juridictionnelle. En d'autres termes, l'existence ou l'inexistence de la juridiction obligatoire est sans rapport avec le sens ou la portée de la clause compromissoire. C'est là précisément la présomption admise en droit interne. L'affaire tourne exactement autour du même problème, celui de l'effet que peut avoir la résiliation du contrat par l'une des parties sur le sens et la portée d'une clause compromissoire concernant les questions d'interprétation ou d'application du contrat.

Il convient d'ajouter que savoir si la résiliation était *justifiée* par une violation qui aurait été commise antérieurement (c'est le motif habituellement allégué) ou pour tout autre motif, relève du fond; par conséquent, il s'agit en réalité de déterminer si le tribunal arbitral a compétence pour connaître du fond — question juridictionnelle au sens étroit, précisément comme dans l'affaire Inde-Pakistan.

En outre, il est maintenant clairement établi, du moins pour les tribunaux de *common law*, que la question de compétence doit de toute façon être résolue, que ce soit la partie qui résilie (comme dans l'affaire *Heyman*) ou, comme il arrive plus souvent, la partie lésée, qui invoque la clause juridictionnelle.

## 2. Quelques distinctions

Il existe une distinction critique entre les cas où l'on peut démontrer que le contrat est *nul* de plein droit dès l'origine et ceux où l'on établit qu'il est *annulable*<sup>1</sup>.

Dans le premier cas, il est clair que si tout le contrat tombe, ses dispositions subsidiaires disparaissent aussi, y compris la clause d'arbitrage. Cela peut être comparé à la thèse de l'Inde excipant en somme de l'inexistence du traité. Mais il faut pouvoir démontrer que la partie qui s'oppose à l'arbitrage n'a jamais acquiescé au contrat en premier lieu ou que son consentement a été vicié par une fraude réelle ou une autre cause de nullité du contrat tout entier. Il est évident que telle n'est pas la situation dans l'affaire Inde-Pakistan, et pourtant la théorie indienne du traité « inexistant » ne pourrait se justifier, semble-t-il, que s'il en était ainsi. L'Inde a librement adhéré à la Convention et à l'Accord de transit.

Lorsque la partie qui résilie conteste la compétence du tribunal arbitral, arguant qu'elle a légitimement résilié le contrat à raison d'une violation substantielle antérieure, le contrat n'en est pas nul pour autant; il peut seulement être annulé. Cette situation est exactement symétrique de celle qui se présente en droit international. Toutes les autorités reconnaissent que le traité n'est pas nul de plein droit, surtout lorsqu'il s'agit

---

<sup>1</sup> Cette distinction est si bien établie qu'il est à peine nécessaire de citer des sources. On peut cependant lire une analyse intéressante à ce sujet dans l'opinion du juge Frank dans *Kulukindis Shipping Co. S.A. c. Amtorg Trading Corp.* (C.A. 2, 1942) 126 F. 2d 978.



related to only one other party<sup>1</sup>. The issue then arises as to the operation and scope of the compromissory clause. To what extent does this depend on the actual wording of the clause?

In the first place it is clear than when the contract is *void*, the wording of the clause is irrelevant. When it is voidable, it becomes significant chiefly when *the broad language* of the clause is qualified by more specific *exclusions*, as for instance, in collective bargaining agreements when “management prerogative” clauses qualify the obligation to submit to arbitration. The issue can then arise as to whether the arbitral tribunal’s jurisdiction extends to the determination of the *scope* of the exclusion. See, *U.S. Steel Workers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co.* 363 US 574 (1960) (holding that it did)<sup>2</sup>.

The big point is that the wording of a clause confined to “interpretation or application” of the contract or similar language, is customary in the municipal as in the international field. It will be recalled that Article 84 also speaks of “any” disagreement without any exclusionary provision either with respect to a class of disagreements or a particular disagreement.

Counsel for India sought to distinguish the *Heyman* case because of certain *dicta* indulged by Lord Simon calling attention to the breadth of the compromissory clause. But a reading of that case will show that it did *not* turn at all on this point, and indeed this is true of practically all the cases in which a general clause is not coupled with expressly stated exclusions.

### 3. The Cases

*Heyman and Another v. Darwins Ltd.*, 1942, A.C. 356, 1 All Eng. Rep. 337 (H.L.) is, perhaps, the most frequently cited and quoted case on the subject in the common-law world. It may be well, therefore, to quote two passages from the opinions of the Law Lords. (References are to All England Law Reports.)

Lord MacMillan, after making the distinction between void and voidable contracts, continued:

“... an admittedly binding contract containing a general arbitration clause may stipulate that in certain events the contract shall come to an end. If a question arises whether the contract has for any such

---

<sup>1</sup> For an interesting analysis see, Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, 1966, especially at pp. 35-58. So far as I can ascertain the literature of international law is sparse in the analysis of the *relationship* between repudiation and a compromissory clause in the repudiated treaty.

<sup>2</sup> It is true but not relevant to the present analysis to observe that national policies in many States favour the arbitral process in contrast to the attitude prevalent in the nineteenth century.

d'une convention multilatérale, même si la résiliation me vise qu'une seule des parties<sup>1</sup>. La question se pose alors de savoir quels sont l'effet et la portée de la clause compromissoire. Dans quelle mesure cela dépend-il du libellé même de cette clause?

En premier lieu, il est clair que lorsque le contrat est *nul*, les termes exacts de la clause sont sans pertinence. Lorsqu'il est annulable, ces termes prennent de l'importance surtout lorsque les *dispositions générales* de la clause s'accompagnent d'*exclusions* plus spécifiques, comme c'est le cas, par exemple, dans les conventions collectives où des clauses réservant les « prérogatives de la direction » limitent l'obligation de se soumettre à l'arbitrage. On peut alors avoir à rechercher si la compétence du tribunal arbitral comprend celle de déterminer la portée de l'exception. Voir l'affaire *U.S. Steel Workers of America c. Warrior and Gulf Navigation Co.* 363 US 574 (1960) (où la conclusion fut affirmative)<sup>2</sup>.

Le fait essentiel est qu'il est habituel tant sur le plan interne que sur le plan international de rédiger la clause de façon à limiter l'arbitrage à l'« interprétation » ou à l'« application » du contrat ou autre formule analogue. On se souviendra que l'article 84 aussi vise « un » désaccord et ne prévoit aucune exclusion concernant soit une certaine catégorie de désaccords, soit un désaccord particulier.

Le conseil de l'Inde a insisté sur l'affaire *Heyman* parce que lord Simon avait cru devoir souligner dans cette affaire le caractère très général de la clause compromissoire. Mais, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que la décision n'a nullement tenu à cela, ce qui est d'ailleurs vrai de presque toutes les affaires où une clause générale n'est pas assortie d'exceptions expresses.

### 3. Affaires pertinentes

L'affaire *Heyman and Another c. Darwins Ltd.*, 1942, A.C. 356, 1 All Eng. Rep. 337 (H.L.) est sans doute celle qui est le plus souvent mentionnée et citée à ce sujet dans le monde régi par la *common law*. Il n'est peut-être pas sans intérêt de citer deux passages des opinions exprimées par les *Law Lords* (les références renvoient toutes aux All Eng. Reports).

Lord MacMillan, après avoir fait la distinction entre les contrats nuls et les contrats annulables, poursuit en ces termes :

« dans un contrat dont la force obligatoire est reconnue et qui contient une clause générale d'arbitrage, il peut être stipulé qu'au cas où certains événements se produiraient le contrat prendra fin. Si la

<sup>1</sup> On trouve une analyse intéressante dans Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, 1966, en particulier aux pages 35-58. Pour autant que j'en puisse juger, on ne trouve guère d'études, en droit international, consacrées à l'analyse du rapport entre la résiliation et une clause compromissoire figurant dans le traité répudié.

<sup>2</sup> Notons en passant — encore que cela ne concerne pas la présente analyse — que de nombreux Etats sont officiellement favorables à la procédure arbitrale, contrairement à l'attitude communément adoptée au XIX<sup>e</sup> siècle.

reason come to an end, I can see no reason why the arbitrator should not decide that question.” (P. 346.)

Viscount Simon sounds the same note in expressly approving a statement by Viscount Finlay in a previous case:

“The proposition that the mere allegation by one party of repudiation of the contract by the other deprives the latter of the right to take advantage of an arbitration clause is unreasonable in itself, and there is no authority to support it.” (P. 341.)

Sometimes the argument is advanced as India did in the present case that it is unreasonable to suppose that critical issues of material breach should be left to a tribunal not exclusively composed of lawyers. In a leading and much-cited case in the United States dealing with a labour controversy in which management claimed that the union’s violation of a “no-strike” clause was such a material breach as to terminate the contract, including the arbitration clause, the court stated:

“If the union did strike in violation of the contract, the company is entitled to its damages; by staying this action, pending arbitration, we have no intention of depriving it of those damages. We simply remit the company to the forum it agreed to use for processing its strike damage claim. That forum, it is true, may be very different from a courtroom, but we are not persuaded that the remedy there will be inadequate.”

This case, incidentally, followed the reasoning in the *Heyman* case and cited it. While the compromissory clause was broader than Article 84, it was still keyed to “disputes or grievances . . . involving questions of *interpretation or application* of any clauses or matter covered by this contract . . .” (*Drake Bakeries Incorporated v. Local 50, American Bakery and Confectionary Workers International, AFL-CIO, et al.* 370 US 254, 266 (1962)).

The *Heyman* case is only one of many others in numerous jurisdictions which concur in the conclusions above.

Attention is invited, in particular, to the following: *Woolf v. Collis Removal Service* (1947) 2 All Eng. Rep. 260; *The Tradesman* (1961) All Eng. Rep. 661; *Mackinder v. Feldia A.C.* (1966) 3 All Eng. Rep. 847; *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* 388 US 395 (1967).

For a comprehensive analysis and citations to cases not only in the United States, but in England, Canada, South Africa, Australia and

question se posait de savoir si le contrat a pris fin pour un de ces motifs, je ne vois pas pourquoi l'arbitre ne pourrait pas la trancher.» (P. 346.)

Le vicomte Simon fait entendre le même son de cloche en approuvant formellement une déclaration du vicomte Finlay dans une affaire antérieure :

« La proposition selon laquelle il suffirait à l'une des parties d'alléguer la résiliation du contrat par l'autre pour interdire à celle-ci d'invoquer la clause d'arbitrage est déraisonnable en soi, et n'est appuyée par aucune autorité.» (P. 341.)

On tire parfois argument, comme l'Inde l'a fait en l'espèce, de ce qu'il n'est pas raisonnable de supposer que des questions critiques de violation substantielle soient confiées à un tribunal qui n'est pas composé exclusivement de juristes. Dans une affaire très souvent citée et qui a fait jurisprudence aux Etats-Unis, affaire relative à un conflit du travail où les employeurs soutenaient que la violation par le syndicat d'une clause « antigreve » constituait une violation substantielle suffisante pour mettre fin au contrat, y compris à la clause d'arbitrage, la Cour a déclaré :

« Si le syndicat a fait grève en contravention du contrat, la société a le droit d'obtenir la réparation qu'elle réclame; en suspendant la procédure dans l'attente de l'arbitrage, nous n'avons pas l'intention de la priver de cette réparation. Nous renvoyons simplement la société devant l'instance à laquelle elle avait accepté de soumettre ses demandes en réparation pour dommages subis du fait de la grève. Cette instance, il est vrai, est peut-être très différente d'une cour de justice, mais nous ne sommes pas convaincus que la réparation qu'elle décidera sera insuffisante.»

En cette affaire, on a d'ailleurs repris et cité le raisonnement suivi dans l'affaire *Heyman*. Si la clause compromissoire était plus générale que les dispositions de l'article 84, elle concernait aussi des « différends ou griefs ... impliquant des questions relatives à l'interprétation ou à l'application de toute clause ou matière envisagée dans ce contrat ... » (affaire *Drake Bakeries Incorporated c. Local 50, American Bakery and Confectionary Workers International, AFL-CIO, et al.* 370 US 254, 266 (1962)).

L'affaire *Heyman* n'est qu'une des nombreuses affaires plaidées devant des juridictions très différentes où les conclusions précitées ont été admises.

Signalons entre autres les affaires suivantes: *Woolf c. Collis Removal Service* (1947) 2 All Eng. Rep. 260; *The Tradesman* (1961) All. Eng. Rep. 661; *Mackinder c. Feldia A.C.* (1966) 3 All Eng. Rep. 847; *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin Mfg. Co.* 388 US 395 (1967).

Pour une analyse approfondie et l'évocation d'autres précédents établis non seulement aux Etats-Unis, mais aussi en Angleterre, au Canada,

Ireland, see *Breach or Repudiation of Contract as Affecting Right to Enforce Arbitration Clause Therein* 32 A.L.R. 3d 377-419<sup>1</sup>.

A leading United States case, *Swift Chaplin Products v. Love* 219 Cal. App. 2d 110, 32 Cal. Rep. 758, 5 A.L. 12. 1001, which cited many Supreme Court cases, is particularly instructive. In that case the compromissory clause was similar to that in Article 84. The contract had been so modified as to generate a dispute. On this basis the lower court had held (as India contended in the present case) that "no right to enforce arbitration now exists, there being no contract then or now existing between the parties" (p. 1004).

In reversing this holding, the appellate court, after stating that the function of the court is a very limited one when the parties have agreed to submit disputes to arbitration, continued:

"It is confined to ascertaining whether the party seeking arbitration is making a claim which on its face is governed by the contract. Whether the moving party is right or wrong is a question of contract interpretation for the arbitrator. In these circumstances the *moving party should not be deprived of the arbitrator's judgment, when it was his judgment and all that it connotes that was bargained for.*" (Emphasis added.)

\* \* \*

When India ratified the Convention, she freely consented to the right of all other parties to invoke Chapter XVIII of the Convention. She cannot unilaterally derogate from that right without demonstrating that her consent was void *ab initio* or that the disagreement was of such a character as to fall entirely outside the category of disagreements embraced in Article 84. She did not address herself to the former and her attempt to justify the latter was, of course, disputed by Pakistan.

#### IV. CONCLUSION

For all the reasons above, supplementing and reinforcing the Judgment, it seems clear that the Court had jurisdiction to entertain the

---

<sup>1</sup> I regret that the references above are confined to common law jurisdictions. The analysis of comparable problems in other legal systems was beyond my reach especially as I do not conceive that they can be adequately understood abstracted from the total legal environment in which they are located. I would assume, however, that the principles announced above are so fundamental as not to be parochially oriented. For a discussion of French law, see Robert, *Arbitrage civil et commercial* (Daloz, 1967).

en Afrique du Sud, en Australie et en Irlande, voir *Breach or Repudiation of Contract as Affecting Right to Enforce Arbitration Clause Therein* 32 A.L.R. 3d 377-419 <sup>1</sup>.

Une importante affaire plaidée aux Etats-Unis, *Swift Chaplin Products c. Love* 219 Cal. App. 2d 110, 32 Cal. Rep. 758, 5 A.L. 12. 1001, où de nombreux procès en Cour suprême ont été cités, est particulièrement intéressante. En cette espèce, la clause compromissoire était analogue à celle de l'article 84. Le contrat avait été modifié au point de susciter un différend. Sur cette base, le tribunal de première instance avait considéré (comme l'Inde l'a affirmé en l'espèce actuelle) « qu'il n'existe maintenant aucun droit permettant d'exiger l'arbitrage, vu qu'il n'y a jamais eu de contrat, passé ou présent, entre les parties » (p. 1004).

En infirmant cette conclusion, la cour d'appel, après avoir déclaré que la fonction du tribunal est très limitée lorsque les parties sont convenues de soumettre leur différend à l'arbitrage a fait observer :

« Elle se borne à déterminer si la partie qui demande l'arbitrage formule une prétention fondée à première vue sur le contrat. La question de savoir si le demandeur a raison ou tort est un point d'interprétation du contrat réservé à l'arbitre. Dans ces conditions *le demandeur ne doit pas être privé du jugement de l'arbitre, alors que c'est précisément son jugement et tout ce qu'il implique qui font l'objet de l'instance.* » (Les italiques sont de nous.)

\* \* \*

Quand l'Inde a ratifié la Convention, elle a librement admis que toutes les autres parties avaient le droit d'invoquer le chapitre XVIII de la Convention. Elle ne peut pas s'opposer unilatéralement à ce droit sans *démontrer* que son consentement était nul dès l'origine *ou* que le désaccord était de telle nature qu'il se situait tout à fait en dehors de la catégorie des désaccords envisagés par l'article 84. L'Inde n'a pas cherché à prouver la première proposition et son argumentation relative à la seconde a évidemment été contestée par le Pakistan.

#### IV. CONCLUSION

Pour tous les motifs indiqués, qui complètent et renforcent l'arrêt, il paraît évident que la Cour était compétente pour se prononcer sur

---

<sup>1</sup> Je regrette que les références données plus haut ne concernent que des juridictions de *common law*. L'analyse de problèmes comparables dans d'autres systèmes juridiques me dépasse, d'autant qu'à mon sens on ne peut les comprendre suffisamment si on les abstrait de tout le « milieu » juridique où ils se situent. Je présume cependant que les principes susvisés sont à tel point fondamentaux qu'ils ne sauraient être orientés par un particularisme quelconque. Touchant la situation en droit français voir Robert, *Arbitrage civil et commercial* (Daloz, 1967).

Appeal by India and that the Council of the ICAO was invested under the Convention and Transit Agreement with the competence to entertain Pakistan's Application and Complaint.

*(Signed)* Hardy C. DILLARD.

---

l'appel de l'Inde et qu'aux termes de la Convention et de l'Accord de transit le Conseil de l'OACI avait compétence pour connaître de la requête et de la plainte du Pakistan.

*(Signé)* Hardy C. DILLARD.